

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**A CORRUPÇÃO, O CARGO PÚBLICO E O
CONFLITO DE INTERESSES**

JOÃO PAULO DOS SANTOS RODRIGUES PITORRA

MESTRADO PROFISSIONALIZANTE

EM CIÊNCIAS

JURÍDICO-FORENSES

2017

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



**A CORRUPÇÃO, O CARGO PÚBLICO E O
CONFLITO DE INTERESSES**

MESTRANDO

JOÃO PAULO DOS SANTOS RODRIGUES PITORRA

ORIENTADOR

PROF. DOUTOR PAULO DE SOUSA MENDES

MESTRADO PROFISSIONALIZANTE

EM CIÊNCIAS

JURÍDICO-FORENSES

2017

Resumo:

Esta dissertação tem como tema a ligação do crime de corrupção passiva ao regime de conflito de interesses do cargo público e o seu papel na prevenção e na contribuição para a investigação criminal deste tipo de crime.

As questões tradicionais às quais procuramos responder, para entendermos o que o Direito Penal considera um crime de corrupção passiva, são:

Qual o bem jurídico tutelado pela incriminação da corrupção passiva?

Quais os deveres do cargo violados pela prática do crime de corrupção passiva?

Quais os atos praticados pelo funcionário que podem resultar numa violação desses deveres?

Qual a qualificação jurídica desses atos (*i.e.* corrupção própria ou imprópria)?

O que constitui o “acordo ilícito” entre corrupto e corruptor?

Para além da finalidade repressiva que o Direito Penal assume, optámos, também, por abordar as vantagens que um regime de conflito de interesses poderá trazer ao ordenamento jurídico.

Assim, explorámos tanto, *a posteriori*, as formas pelas quais os deveres funcionais do cargo são violados na prática do crime de corrupção passiva como, *a priori*, quais instrumentos deste regime podem evitar que tais deveres sejam violados.

O regime de conflito de interesses tem como principal objetivo acautelar o cumprimento dos deveres de imparcialidade e de independência durante o exercício do cargo, visando afastar o funcionário de decisões em que, este ou uma pessoa que lhe seja próxima, detenha interesses privados conflitantes com os seus deveres funcionais.

Com efeito, tem vindo a ser reconhecido internacionalmente que a existência de conflitos entre interesses privados e deveres funcionais do cargo podem conduzir à prática de crimes corrupção. Por isso, os Estados deverão estar dotados de um regime de identificação e de resolução de conflitos de interesses eficaz, de forma a conseguirem detectar e resolver preventivamente situações onde exista risco de corrupção.

Os instrumentos destes regimes podem, ainda, auxiliar a investigação criminal. Com efeito, um registo prévio dos interesses privados e das relações profissionais, negociais e pessoais do funcionário – acompanhada por uma constante fiscalização da sua veracidade – pode conduzir a uma maior facilidade de: apurar a relação entre corrupto e corruptor; revelar redes de corrupção; e identificar vantagens indevidas que fujam à tradicional transferência bancária ou envelope com dinheiro (v.g. um posto de trabalho, facilidades negociais ou empresariais).

Como conclusões, podemos adiantar que o crime de corrupção passiva está interligado com um conjunto de deveres funcionais inerentes ao exercício do cargo público, existindo deveres de natureza puramente administrativa que, embora possam ser violados na prática de um crime de corrupção passiva, não são suficientes para justificar o agravamento da qualificação do crime para corrupção própria.

Quanto aos atos praticados pelo funcionário no exercício de um cargo público, importa sublinhar que os mesmos não se subsumem, tão-só, às competências formais do funcionário. Englobam, também, um conjunto de poderes factuais decorrentes da posição privilegiada em que o cargo coloca o seu titular perante a prática do acto concreto.

Podemos, pois, afirmar que existem actos que, mesmo não sendo abrangidos pelo exercício formal do cargo, poderão resultar na violação de deveres funcionais e, consequentemente, serem enquadrados no crime de corrupção passiva.

No que respeita ao regime de conflito de interesses português, consideramos que, embora a sua eficácia seja satisfatória – quando comparada com a de outros ordenamentos jurídicos –, existem falhas que podem ser suprimidas e espaço para um reforço do sistema.

Palavras-Chave: Corrupção passiva; Deveres funcionais; Regime de conflito de interesses; Prevenção da corrupção; Cargo Público.

Abstract:

This dissertation has as its theme the connection between the crime of passive corruption to the regime of conflict of interests of a public office and his role in the prevention and contribution to the criminal investigation of this type of crime.

The traditional questions that we seek to answer in order to understand what Criminal Law considers a crime of passive corruption are:

What is the legal good protected by the criminalization of passive corruption?

What are the duties of office violated with the practice of the crime of passive corruption?

What acts of the official may result in a violation of these duties?

What is the legal qualification of these acts (*i.e.*, proper or improper corruption)?

What constitutes the "illicit agreement" between corrupt and corrupter?

In addition to the repressive aspect that Criminal Law assumes, we have also opted to address the preventive aspect that a conflict of interest regime may bring to the legal framework.

Thus, we have explored both, *a posteriori*, the forms in which functional duties of office are violated with the practice of the crime of passive corruption as aswell, *a priori*, what are the instruments of this regime that may avoid the violation of said duties.

The main purpose of this regime is to safeguard the fulfillment of the duties of impartiality and independence during the exercise of the position, in order to keep the employee from decisions in which he, or a person close to him, has private interests conflicting with his functional duties.

Indeed, it has been recognized internationally that the existence of conflicts between private interests and functional duties of office can lead to the practice of corruption crimes. Therefore, States should be provided with a regime of identification and resolution of conflicts of interest that is able to detect and resolve risk of corruption situations in a preventive manner.

In addition, the instruments of this regimes may also assist in criminal investigations, since a prior record of the private interests and the professional,

business and personal relationships of the official – as well as the constant monitoring of their veracity –, may lead to to a greater ease in: establishing the relationship between corrupt and corrupt; revealing networks of corruption; and identifying undue advantages that escape the traditional bank transfer or envelope with money (v.g. a job, a deal or business facilities).

As conclusions, we can say that the crime of passive corruption is intertwined with a set of functional duties inherent to the exercise of public office, existing duties of a purely administrative nature, which, although they may be violated in the practice of a crime of passive corruption, are not sufficient to justify a qualification of the crime as proper corruption.

As regards the acts committed by the official in the exercise of public office, it should be pointed out that they are not subsumed solely by the formal powers of the official. They also include a set of factual powers deriving from the privileged position in which the position places its holder before the practice of the concrete act.

We can therefore affirm that there are acts that, even if not covered by the formal exercise of the position, may result in the violation of functional duties and, consequently, be framed in the crime of passive corruption.

Concerning the portuguese conflict of interests regime, we consider that, although its effectiveness is satisfactory – compared to other legal systems –, there are flaws that can be suppressed and room for a strengthening of the system.

Keywords: Passive corruption; Functional Duties; Conflict of interest regime; Prevention of corruption; Public Office.

Índice de abreviaturas e siglas

CML - Câmara Municipal de Lisboa

CP - Código Penal

CPA - Código de Procedimento Administrativo

CPP - Código de Processo Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

GNR - Guarda Nacional Republicana

GRECO - Group of States against Corruption

LGT - Lei Geral Tributária

LGTFP - Lei Geral dos Trabalhadores em Funções Públicas

MP - Ministério Público

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

OLAF - European Anti-Fraud Office

ONU - Organização das Nações Unidas

PGR - Procuradoria-Geral da República

RGIT - Regime Geral de Infracções Tributárias

SEF - Serviço de Estrangeiros e Fronteiras

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TRC - Tribunal da Relação de Coimbra

TRE - Tribunal da Relação de Évora

TRG- Tribunal da Relação de Guimarães

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

UE - União Europeia

Índice

1. Introdução	13
 2. A corrupção e o conflito de interesses	
2.1. O problema da porta-giratória como um exemplo da ligação entre temas	16
2.2. As várias perspectivas do fenómeno da corrupção	19
2.3. O bem jurídico tutelado pela incriminação da corrupção	21
2.4. A ligação do regime de conflitos de interesses com a corrupção	29
2.5. O conceito de conflito de interesses e a função de um regime de conflito de interesses	33
2.6. As soluções apontadas na identificação e resolução de um conflito de interesses	38
 3. O que se deve entender por corrupção passiva?	
3.1. Corrupção <i>stricto sensu</i> e <i>lato sensu</i>	49
3.2. Diferenciação entre corrupção activa e passiva e concussão.	51
3.3. O exercício do cargo	53
3.4. Um ponto de vista internacional sobre o conceito de exercício do cargo	56
3.5. Corrupção própria e imprópria: Distinção e análise comparativa do modelo adoptado.	61
3.6. Deveres do cargo e poderes de facto	67
3.7. Poderes discricionários	74
3.8. Agravações, dispensas e atenuações no crime de corrupção	79

3.9. Os actos praticados pelo funcionário	82
3.10. O suborno e a natureza do “negócio ilícito”	83

4. Exemplos da utilidade do regime de conflito de interesses na prevenção e repressão da corrupção passiva

4.1. Quando o suborno se traduz na oferta de um emprego	88
4.2. Quando o suborno se traduz no pagamento dissimulado de viagens, refeições ou estadias	92

5. O cargo público e os deveres do cargo relevantes para o crime de corrupção passiva

5.1. A natureza do cargo e o prosseguimento do interesse público	95
5.2. Os deveres do cargo público	100
5.3. Os deveres do cargo na vida privada	103
5.4. O dever de obediência	108
5.5. O dever de zelo	111
5.6. O dever de isenção	116
5.7. Os deveres de sigilo e de informação	116
5.8. O dever de lealdade	122
5.9. O dever de prossecução do interesse público	125
5.10. O dever de imparcialidade	127

6. O regime de conflito de interesses português

6.1. Considerações gerais sobre o regime geral e a CRP	131
6.2. A Lei n.º 64/93	132
6.3. A Lei n.º 35/2014	134

6.4. Impedimentos, escusas, recusas e suspeições no CPA, no CPP e no CPC	136
6.4.1. O Código de Processo Administrativo	138
6.4.2. O Código de Processo Penal	141
6.5. Regimes especiais	
6.5.1. Pessoal dirigente, membros de gabinete e gestores públicos ...	149
6.5.2. Deputados	153
6.5.3. Magistrados judiciais e do Ministério Público	155
6.5.4. Membros dos órgãos municipais e das freguesias	158
6.5.5. Impedimentos nas autoridades reguladoras	160
6.6. Declarações de interesses	163
6.7. Inibições após a cessação de funções	166
6.8. Crítica geral do regime	168
 7. Conclusão	 175
 8. Bibliografia e Jurisprudência	 181

1. Introdução

A corrupção é um crime cujos resultados nefastos se podem fazer sentir por toda a sociedade, tendo vindo a ser um tema com cada vez mais destaque na opinião pública.

Tal tema abarca um número quase infindável de questões jurídicas a explorar, impondo-se, forçosamente, a necessidade de optar por uma questão jurídica específica a ser abordada nesta dissertação.

De facto, ao explorarmos o fenómeno da corrupção, podemos optar por dar ênfase a vários sub-temas, estudando a corrupção de perspectivas diferentes, podendo realçar questões como: técnicas de investigação; formas de repressão ou prevenção de ilícitos desta natureza; questões jurídico-processuais ou, ainda, por uma abordagem mais focada no direito penal objetivo, isto é, sobre o que deve concretamente ser qualificado como corrupção.

Confrontados com tal escolha, optámos pela ligação entre o crime de corrupção passiva e exercício do cargo público, focando-nos na forma como o regime de conflito de interesses poderá contribuir na prevenção e investigação criminal deste crime.

O estudo desta questão passa, necessariamente, pela definição daquilo que corresponde ao crime de corrupção passiva e do que deve ser entendido como exercício do cargo, deveres funcionais, suborno, “negócio ilícito”, etc.

De igual forma, constituem questões essenciais para o tema saber quais os bens jurídicos e os deveres funcionais em causa, de que forma podem ser violados e determinar a qualificação jurídica dessa violação.

Noutro prisma, tratámos também de demonstrar a relação existente entre o regime de conflito de interesses e a corrupção, elencando os instrumentos utilizados por este regime na identificação e resolução de situações de risco de corrupção.

Por fim, fizemos uma análise do regime de conflito de interesses existente no ordenamento jurídico português.

Assim, a razão de ordem desta dissertação pode se dividida em três partes:

1. Definir a ligação entre o crime de corrupção passiva e o regime de conflito de interesses;

2. Aprofundar o enquadramento legal do crime de corrupção passiva e dos deveres funcionais inerentes ao cargo público, exemplificando algumas formas pelas quais o regime de conflito de interesses pode contribuir na prevenção e investigação criminal deste crime;

3. Analisar o regime de conflito de interesses vigente em Portugal, tecendo, subsequentemente, uma crítica construtiva sobre o mesmo.

Passando a desenvolver os temas ora enunciados, avançamos com algumas conclusões.

A ligação entre a corrupção passiva e o cargo público emerge da função pública exercida pelo titular cargo, sobre o qual recaem um conjunto de deveres funcionais (v.g. os deveres de isenção, de imparcialidade e de zelo) a que este está vinculado, que o impedem de “mercadejar” com o seu cargo, sob pena de lesar os bens jurídicos penais protegidos por este tipo legal.

Embora de formas diversas, o Direito Penal e o regime de conflitos de interesses funcionam em harmonia na protecção dos mesmos valores essenciais no Estado de Direito, impondo ao titular do cargo deveres funcionais idênticos e complementando-se mutuamente.

Além dos deveres funcionais merecedores de tutela penal, existem deveres puramente administrativos, que não são relevantes para a qualificação jurídica do crime de corrupção passiva.

Só estaremos perante um caso de corrupção passiva se existir uma conexão directa entre as competências formais ou os poderes do cargo e o acto praticado pelo funcionário corrupto, o que não obsta ao preenchimento de outros tipos legais.

Um conflito de interesses ocorre quando um funcionário tem interesses na sua esfera pessoal que possam influenciar indevidamente o exercício das suas

funções e responsabilidades oficiais. Assim, o Estado deverá estar munido de um sistema de identificação e de resolução destas situações de risco.

Um funcionário com interesses que conflituam com o interesse público tem maior probabilidade de influenciar indevidamente o processo de decisão em proveito do seu interesse particular, e, na maioria das vezes, em prejuízo do primeiro.

Todavia, o conflito de interesses não implica, necessariamente, a consumação de um crime de corrupção passiva. Para tal será obrigatório a prática de um ato que corresponda a um exercício do cargo tendo solicitado/aceitado/recebido uma vantagem indevida.

O regime de conflitos de interesses – criado com o objetivo de proteger a funcionalidade, a independência e o processo de decisão necessários para um bom exercício do cargo público – é internacionalmente reconhecido como um instrumento que assume um papel fundamental na prevenção, bem como, caso esta falhe, na descoberta e investigação deste ilícito criminal.

O nosso ordenamento jurídico dispõe de um conjunto de instrumentos eficaz para a identificação e resolução de conflitos de interesses, que tem vindo a ser reforçado, cumprindo as recomendações de várias instituições nacionais e internacionais especializadas no tema. Existem, porém, falhas que devem ser eliminadas, para que a eficácia do regime possa ser assegurada.

2. A corrupção e o conflito de interesses

2.1. O problema da porta-giratória como um exemplo da ligação entre temas.

A noção da existência de uma ligação entre conflitos de interesses e a prática de crimes de corrupção não é recente nem mesmo inovadora. Antes pelo contrário, é apontada internacionalmente como um dos principais problemas na prevenção e repressão da corrupção.

No caso do crime de corrupção passiva, o tema é especialmente complexo, devido às incontáveis formas pelas quais um conflito de interesses pode conduzir à prática deste crime, às dificuldades associadas à sua descoberta e à subsequente recolha de material probatório respeitante ao “acordo ilícito” entre corrupto e corruptor, assim como ao relacionamento de uma vantagem indevida com a prática de um acto concreto pelo funcionário.

Em suma, como adiante aprofundaremos, a solução não é simples, muito menos neste tipo de crime.

Na fase inicial deste estudo, trataremos apenas de demonstrar a ligação ora referida, utilizando um exemplo paradigmático do problema: o fenómeno da porta giratória (*revolving door*).

O termo tem origem nos EUA, a propósito da prática comum de funcionários executivos do departamento de aquisições do Pentágono, os quais, após cessarem funções, eram imediatamente contratados pelas empresas da indústria armamento com as quais negociavam no exercício do cargo.

Actualmente, o conceito foi generalizado abarcando quer as situações em que o funcionário público com competências (seja legislativa, reguladora ou administrativa) numa determinada área económica passa, depois de cessar funções, a trabalhar para empresas cuja atividade se insere nessa mesma área de actividade (seja como lobista, consultor ou executivo), quer a situação inversa,

ou seja, de empresários ou lobistas ocuparem cargos públicos com competências no sector económico das suas empresas.¹

Embora em diversas destas situações existam sérios indícios de corrupção, as taxas de condenação por crimes de corrupção passiva são baixas devido às dificuldades já referidas. Acresce ainda o facto de estas passagens entre sector público e privado não serem, por si só, consideradas ilegais em muitos ordenamentos jurídicos, dificultado, ainda mais, a prova de ligação desse “suborno” (v.g. a oferta de um emprego) com o exercício do cargo.

Nem todos estes casos envolverão necessariamente um crime de corrupção passiva, visto que o tipo legal pressupõem um exercício do cargo como “contra-prestação” de uma vantagem indevida. Contudo, todos eles demonstram a fragilidade da independência das instituições públicas face a interesses económicos poderosos.

Consideremos alguns exemplos:

No ano de 2000, o *Assistant Vice chief of Staff* (o 2º posto mais alto do Departamento do Exército americano) foi contratado por uma empresa de armamento logo após cessar funções, tendo a empresa contratante anunciado o seu novo colaborador um mês antes do militar deixar o cargo.

Em 2003, o chefe de aquisição de armamento do Pentágono foi contratado por um dos maiores fornecedores de armas dos EUA um mês depois de deixar o seu cargo.

Em 1996, a crise financeira do Japão gerada por 6 triliões de iénes (65.7 B. de dólares) de crédito mal parado, resultante da supervisão ineficiente do Ministro das Finanças, deveu-se, entre outros factores, à existência de ex-titulares de altos cargos públicos nos quadros de empresas de empréstimos.²

Em 2011, um ex-Secretário de Defesa do Reino Unido adicionou à sua lista de clientes de consultadoria uma empresa de fabrico de helicópteros com a qual teria, em 2005, celebrado um contrato de 1 bilião de libras, enquanto

¹ Cf. ZALAUQUETT, José - Conflictos de Intereses: Normas y Conceptos. **Anuario de Derechos Humanos**. Santiago, Chile. N.º 7, 2011, p. 188.

² Ver: OTSUMA, Mayumi; ZAUN, Todd, MORSE; Andrew, KUBOYAMA, Norie - Japan's Housing Lenders' Crisis. Japan **Policy Research Institute**. N.º 2 (Feb. 1996). Vol III. Disponível em: <URL: http://www.jpri.org/publications/critiques/critique_III_2.html>.

exercia funções. Embora tenham existido alegações da existência de melhores propostas por parte de outras empresas concorrentes, a empresa em causa terá, mesmo assim, sido escolhida.

Em 2013, no Reino-Unido, a principal figura do *HM Revenue & Customs* – responsável pela isenção bilonária de algumas empresas relativamente – foi, um ano depois, contratado por um gigante da contabilidade que trabalha com essas empresas.³

Para além destes, a *Corporate Europe Observatory* tem também registado dezenas de outros casos no seio da UE e em autoridades reguladoras europeias, incluindo o cargo de Presidente da Comissão Europeia.

Mesmo sem qualquer acusação de corrupção – existindo só suspeitas ou indícios em alguns –, o conflito de interesses provocado pela contratação de ex-funcionários por parte de empresas privadas com interesses no âmbito de intervenção do antigo cargo está bem latente nestes casos.

Passemos, a analisar casos em que existiu realmente a prática de crimes de corrupção.

Em 2003, uma alta oficial da força aérea dos EUA confessou ter negociado dois cargos executivos numa companhia de aviação, enquanto exercia funções de supervisão numa negociação no valor de 23 biliões de dólares entre essa empresa e o Pentágono. A arguida terá dado tratamento preferencial a essa empresa na contratação pública em troca dos empregos negociados.

Em 2002, a arguida cessou funções e, no ano seguinte, após enviar o seu currículo e o da filha para a empresa em causa, foram-lhes propostos os cargos previamente negociados. Veio a ser condenada a nove meses prisão por corrupção e multada em 5.000 dólares, tendo-lhe sido aplicada três anos de pena suspensa e 150 horas de serviço comunitário. Foi libertada em 30 de Setembro de 2005.⁴

³ Ver: MILNE, Seumas - Corporate power has turned Britain into a corrupt state. **The Guardian**. Londres. (4 Jun. 2013). Disponível em: <URL: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/jun/04/corporate-britain-corrupt-lobbying-revolving-door>>.

⁴ Ver: PALMER, Kimberly - Former Air Force acquisition official released from jail. **Government Executive**. (Oct. 3, 2005). Disponível em: <URL: <http://www.govexec.com/federal-news/2005/10/former-air-force-acquisition-official-released-from-jail/20340/>>.

Em 2015, um ex-alto funcionário do *Federal Reserve Bank of New York*, contratado por um banco inserido na área de regulação do cargo que exercia, confessou ter utilizado informações confidenciais, por forma a garantir a sua contratação e manter o seu novo emprego. Para além das informações de que já dispunha, terá tido acesso a mais informações confidenciais, fornecidas por um funcionário que fora seu subordinado enquanto assumia funções no antigo cargo.⁵

Estes são apenas alguns exemplos em que os conflitos de interesses, originados pela contratação de ex-funcionários, por empresas no sector de intervenção do cargo, resultaram na prática de crimes de corrupção passiva.

Analisemos, agora, como o regime de conflito de interesses e o Direito Penal se unem numa perspectiva de protecção dos bem jurídicos e dos princípios e valores necessários ao funcionamento de um Estado de Direito.

2.2. As várias perspectivas do fenómeno da corrupção

A palavra corrupção, do latim *corruptiōne*, tem os significados de putrefacção, perversão e desmoralização.

No seu sentido lato, o termo pode abranger variadas situações, o que poderá levar o cidadão comum a ter um entendimento do seu significado divergente daquele que está previsto no nosso ordenamento jurídico.

Por exemplo, um cidadão que tenha votado contra a despenalização do aborto poderá considerar que os deputados que aprovaram a lei despenalizadora cometeram um ato de corrupção da sociedade. Porém, tal interpretação não se enquadra nas condutas tipificadas nos crimes de corrupção.

Mas nem só os leigos têm um entendimento divergente daqueles que estudam este tema. Até mesmo entre os académicos, a corrupção é entendida das

⁵ Ver: MOYER, Lizz - Former Goldman Employee Pleads Guilty in Leak Case. **The New York Times** (5 nov. 2015). Disponível em: <URL: <https://www.nytimes.com/2015/11/06/business/dealbook/former-goldman-employee-pleads-guilty-in-leak-case.html>>.

mais diferentes formas, podendo as teses mais tradicionais serem divididas em: *shell theories*, *substantive theories* e *economic theories*.⁶

As *shell theories* definem a corrupção baseando-se em actos específicos, considerados violadores de outras bases normativas, numa perspectiva de *corruption as violation of law* ou *corruption as a violation of duty*, onde a moral é excluída e a acção do agente avaliada, exclusivamente, pela violação das normas jurídicas do ordenamento jurídico. A corrupção é, portanto, enquadrada na ilegalidade e na violação de deveres jurídicos.⁷

As *substantive theories*, definem a corrupção baseando-se em males particulares e substantivos identificados pelas próprias teorias – *corruption as betrayal*, *secrecy*, *violation of the public interest*, *inequality*.

Assim, ao invés de uma norma jurídica, tais teorias utilizam como critérios de aferição, julgamentos normativos baseados em teorias político-sociais que a corrupção, na sua visão, personifica.⁸

Já as *economic theories* combinam, geralmente, as *shell theories* com análises económicas, das quais resultam julgamentos normativos sobre a natureza positiva ou negativa dos actos de corrupção. Algumas destas teorias sustentam, nomeadamente, que a corrupção não passa de um mal económico ou que é mesmo um bem económico.⁹

Em suma, existem diversas formas de entender o que é a corrupção, sendo necessário optar por uma definição concreta em que nos possamos basear. Estudando este fenómeno numa perspectiva penalista teremos, obrigatoriamente, de adoptar a definição do Direito Penal.

O Direito Penal, como Fernanda Palma expõe “(...) tem de ser justificado pela protecção de valores essenciais da sociedade e constitutivos da essência do poder do Estado (...) exige a justificação através de uma argumentação concreta sobre a necessidade de incriminar para proteger os valores essenciais da liberdade individual ou colectiva (...) concebe-se, portanto, uma definição de

⁶ Cf. UNDERKUFFLER, Laura S - **Captured by Evil: The Idea of Corruption on Law**. Yale: Yale University Press, 2013, p. 9.

⁷ Cf. UNDERKUFFLER, Laura S. - Ob. Cit., 2013, p. 9 a 15.

⁸ Cf. UNDERKUFFLER, Laura S. - Ob. Cit., 2013, p. 20 a 42.

⁹ Cf. UNDERKUFFLER, Laura S. - Ob. Cit., 2013, p. 40 a 45.

crime (conceito material) a partir de um processo argumentativo e justificativo que se âncora de forma imediata na natureza do poder punitivo e nos limites da Constituição e que pondera mediatamente as necessidades sociais e políticas satisfeitas com a incriminação.”¹⁰

Por conseguinte, para entendermos o que o Direito Penal define como corrupção teremos de aferir o que se visa proteger com a sua incriminação. Tal particularidade obriga-nos à identificação do bem jurídico lesado pela prática do crime de corrupção.

2.3. O bem jurídico tutelado pela incriminação da corrupção

Todo o crime necessita de ter como justificação de existência no ordenamento jurídico a finalidade de tutelar um ou mais bens jurídicos com dignidade penal.

“O bem jurídico cumpre uma função essencial na delimitação do exercício do poder punitivo, constituindo garantia da pessoa humana, razão última da ordem jurídica, visto que só vale na medida em que se insira como objecto referencial da protecção da pessoa, pois só nesta condição é que se insere na norma como valor.”¹¹

Como Fernanda Palma esclarece, “o Direito Penal tem uma legitimidade aferida pela protecção dos bens jurídicos essenciais, constitutivos da razão de ser do próprio Estado.”¹²

No que respeita especificamente à incriminação da corrupção, a autora refere ainda que: “(...) uma das principais linhas de orientação das novas criminalizações assenta no reconhecimento de que a deterioração da estrutura institucional ou económica do Estado pode impedir uma participação democrática dos cidadãos, com igualdade de oportunidades, tornando-se, por isso, indispensável

¹⁰ PALMA, Maria Fernanda - **Direito Penal Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 47 a 118.

¹¹ JUAREZ, Tavares - **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, pp. 199 a 202: *apud* MELO, Débora Thaís de - Os Bens Jurídicos Ofendidos pela Corrupção e o Problema Específico dos Bens Jurídicos Colectivos, *in*: **A Corrupção - Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-criminal em Expansão, no Brasil e em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 45.

¹² PALMA, Maria Fernanda - Ob. Cit., 2006, p. 47.

impedir quaisquer formas de abuso de poder ou comportamentos que afectem os recursos colectivos.”¹³

Actualmente, no caso dos crimes de corrupção, a definição do bem jurídico tutelado não é um tema pacífico na Doutrina. No entanto, podemos concluir que todas as várias posições visam punir a prática de acções que impliquem um “mercadejar do cargo” ou uma “transacção com o cargo.”¹⁴

Assim, é unanimemente aceite, embora com recurso a diversas vias, que num Estado de Direito se impõe punir as acções de um funcionário que utiliza o poder proveniente da posição que ocupa, não na prossecução do interesse público, mas, antes, do próprio interesse e/ou de terceiros.

Cumprе, ainda, referir que o crime de corrupção existente nos sistemas jurídicos das sociedades civilizadas, remonta à Antiguidade.

Já no Direito Romano a corrupção era considerada um crime contra a gratuidade das funções públicas, sendo entendido que a aceitação de qualquer quantia por parte de um magistrado, mesmo que não tivesse contrapartida para realização de um ato, constituía a prática deste crime. Tal característica diverge dos modelos propostos pelos sistemas jurídicos mais recentes, nos quais a realização de um acto no exercício das funções do cargo é um elemento necessário à tipificação do crime.¹⁵

Actualmente, podemos encontrar diversas doutrinas, sobretudo de origem italiana e germânica, sobre a identificação concreta de qual o bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção. Existem as que atribuem maior relevância à “confiança e credibilidade do Estado”; as que optam pela “defesa do prestígio e dignidade do Estado”; as que dão “primazia à falsificação ou adulteração da vontade do Estado”; e, ainda, as que defendem a “pureza da função pública.”¹⁶

¹³ PALMA, Maria Fernanda - Conceito material de crime e reforma penal. **Anatomia do crime**. Coimbra. N.º 0 (Jul-Dez, 2014), p. 13 a 15.

¹⁴ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - **Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial**. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Tomo III, p. 656.

¹⁵ Ver: COSTA, António Manuel T. de Almeida - Sobre o Crime de Corrupção, in: **Estudos em Homenagem ao Prof. Eduardo Correia**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1984, p. 56 e ss.

¹⁶ Para um estudo mais específico sobre as diferentes teorias, consultar COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 1984, p. 132 e ss. Como exemplo de jurisprudência que adere a estas posições, v. acórdão do TRC, de 28.9.2011, Proc.º n.º 169/03.2JACBR.C1.

Na opinião de Almeida Costa, todas estas posições, embora por vias diferentes, “assimilam o bem jurídico da corrupção, em última análise, à funcionalidade” ou a “capacidade funcional do Estado”, procurando garantir “a tutela da “confiança da sociedade civil e a imparcialidade e a independência da Administração.”¹⁷

As diferentes posições acima referidas não estão isentas de críticas, porquanto parte da doutrina sublinha o facto de que, ao utilizar estes bens jurídicos, como justificação final da existência do crime de corrupção, tal levaria à conclusão que o crime de corrupção deverá ser classificado como um crime de perigo e não de dano.¹⁸

Aliás, segundo Almeida Costa, a corrupção não afecta sempre e automaticamente o prestígio do Estado nem a confiança de que o mesmo goza perante a comunidade. Tome-se como exemplo os crimes que nunca chegam a conhecimento do público. Nestes casos, nenhum desses valores são postos em causa.¹⁹

Partindo desta premissa, punir o crime de corrupção, com base nesse bem jurídico, conduziria a uma “artificialidade da construção” e a uma incriminação de um “perigo do perigo”, visto que a defesa da “confiança” da sociedade civil serviria para evitar o “enfraquecimento, ou mesmo, desaparecimento do poder público.”²⁰

Na opinião do autor, o núcleo último da corrupção não seria a “capacidade funcional do Estado”, mas, sim, a autonomia intencional do Estado.

”Ao transaccionar com o cargo, o empregado público corrupto coloca os poderes funcionais ao serviço dos seus interesses privados, o que equivale a dizer que, abusando da posição se ocupa, se “sub-roga” ou se “substitui” ao Estado, invadindo a respetiva esfera de actividade. A corrupção (própria ou imprópria) traduz-se, por isso, numa manipulação do aparelho de Estado pelo funcionário que, assim, viola a autonomia intencional do último, ou seja, em sentido material, infringe as exigências da legalidade, objectividade e indepen-

¹⁷ COSTA, António Manuel T. de Almeida - **Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial**. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Tomo III, p. 658 - 659.

¹⁸ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 659.

¹⁹ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 660.

²⁰ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 660.

dência que, num Estado de Direito, sempre tem de presidir ao desempenho das funções públicas.”²¹

Tal teoria, foi actualizada pelo autor, sustentando, hoje, que “todos os crimes de corrupção lidam com o poder e com o seu exercício. Quer a corrupção no sector público quer a corrupção no sector privado. (...) Não se trata, deste modo, apenas da capacidade de funcionamento do aparelho de Estado ou mesmo da autonomia intencional do Estado. O valor que transparece nas diferentes incriminações é outro e apenas um: a pretensão colectiva a urna decisão livre, incondicionada, correcta e imparcial por parte de todos aqueles a quem o direito atribui o ‘poder’ de intervir na definição ou realização de relações públicas juridicamente relevantes.”²²

De igual modo, Debora Melo aponta que “a tutela da autonomia intencional do Estado como bem tutelado pela corrupção afigura-se-nos preferível porquanto, dada sua maior concretude, está em maior consonância com as funções acometidas a um conceito material de delito. A legitimidade da ingerência penal reside no fato de que o exercício das funções públicas queda prejudicado na ocasião em que o funcionário, representante do Estado, imiscui no exercício de sua atividade – que deveria ser imparcial e objetiva – nos interesses privadas, pondo em causa a própria ratio de existência das funções públicas, voltadas ao atendimento do interesse geral.”²³

Já Cláudia Santos, embora concordando com a exposição de Almeida Costa, prefere apelidar o bem jurídico de objetividade decisional do Estado, referindo que “(..) a interdição da corrupção visa defender a legalidade da actua-

²¹ COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 671. Posição igualmente perfilhada por diversos autores em: LAFAYETTE, Alexandre; PEREIRA, Victor de SÁ - **Código Penal Anotado e Comentado - Legislação Conexa e Complementar**. 2.^a ed. Lisboa: Quid Juris, 2014, p. 908; MENDES, Paulo de Sousa; REIS, Sónia; MIRANDA, António - A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais? **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. N.º 68.º (Set.-Dez.2008), p. 810; ALMEIDA, Carlos - Criminalidade organizada e corrupção. in: **2.º Congresso de Investigação Criminal**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 49 a 56.

²² Excerto do parecer, consultável no Acórdão do TRL, de 22.4.2010, Proc.º n.º 263/06. 8JFLSB.L1-9.

²³ MELO, Débora Thaís - Ob. Cit., 2009, p. 97.

ção dos agentes públicos, a quem está vedada qualquer negociação relacionada com as suas funções (...)”²⁴

Segundo estas posições, o crime de corrupção passiva dever ser qualificado como um **crime de dano**, sendo a “ (...) efectiva violação da esfera de actividade do Estado, traduzida numa ofensa à sua ‘autonomia intencional’ (...)”²⁵

O crime de corrupção passiva corresponde também a um **crime específico**, visto que o agente, para o praticar, terá que deter o estatuto de funcionário nos termos do art.º 386.º do CP. Para além disso, será um **crime material ou de resultado**, cuja consumação ocorrerá no momento em que a solicitação ou aceitação do suborno chegue ao conhecimento do corruptor.²⁶

Já a corrupção activa, para além de ser um crime independente da corrupção passiva, é um **crime comum**, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Este ilícito terá como fundamento o mesmo bem jurídico, sendo consumada em termos semelhantes aos da corrupção passiva, ou seja, quando o corruptor faça a oferta ou entregue o suborno ao corrupto.

Distinguindo as várias formas de consumação, podemos definir que:

“Solicitar: é pedir, tomando a iniciativa uma prestação, mesmo que seja de forma velada.

Aceitar: é realmente fazer sua uma vantagem, pedida ou oferecida, com a vontade de passar a dispor dela.

Entre dar e prometer intercede a circunstância de neste último caso a vantagem ser anunciada para ‘depois’.”²⁷

Em suma, quando estes comportamentos cheguem ao conhecimento do seu destinatário, o crime de corrupção está consumado.

Embora Almeida Costa acabe por considerar a corrupção activa como um **crime material ou de resultado**, devido à necessidade de que a entrega ou a

²⁴ SANTOS, Cláudia Cruz - A Corrupção de Agentes Públicos em Portugal: Reflexões a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência, *in*: **A Corrupção - Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-criminal em Expansão, no Brasil e em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.100

²⁵ COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 661.

²⁶ COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit, 2001, p. 662.

²⁷ GARCIA, M. Miguez; RIO, J.M. Castela - **Código Penal – Parte Geral e Especial: com notas e comentários**. Coimbra: Almedina, 2014 p. 1232.

oferta cheguem ao conhecimento do funcionário, entende também que o específico conteúdo de ilícito subjacente ao delito se funda num “mero desvalor da acção” levando a que este tipo legal tenha uma natureza *sui generis*, não podendo ser qualificado como um crime de perigo tradicional.²⁸

Contra esta posição, podemos apontar a opinião de Paulo de Sousa Mendes, ao defender que a existência de uma equiparação da tentativa (a simples promessa) à consumação (o pagamento) transforma o crime de corrupção activa num autêntico **crime de perigo**.²⁹

Note-se também que, embora os vários autores portugueses apontem para o mesmo momento de consumação dos crimes de corrupção, a qualificação do crime corrupção passiva como um crime de resultado não é unanimemente aceite. De igual modo, também a teoria de que o bem jurídico corresponde à autonomia intencional do Estado é alvo de debate em Portugal.

Lacerda da Costa Pinto entende que “ Pode aceitar-se que o bem jurídico tutelado por todas as incriminações da corrupção é “a legalidade da administração”, um valor constitucional e uma vertente do Estado de Direito, mas igualmente um bem instrumental relativamente ao relacionamento de qualquer cidadão com o Estado de Direito.”³⁰

Paulo Albuquerque, Miguez Garcia e Castela Rio adoptam como bem jurídico a integridade do exercício das funções públicas, defendendo que a corrupção passiva deve ser entendida como um crime de dano (quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido) e de mera actividade (quanto à forma de consu-

²⁸ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 583 a 584. Note-se, porém, que o autor já havia, antes de tomar esta posição, estudado a possibilidade da qualificação da corrupção activa como um crime formal, com o intuito contrariar a posição que exige a aceitação da vantagem para a consumação deste crime em: COSTA, António Manuel T. de Almeida - Sobre o Crime de Corrupção, in: **Estudos em Homenagem ao Prof. Eduardo Correia**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1984, p. 178 e ss.

²⁹ Tornando-se no que a doutrina define como um crime de empreendimento. Ver: MENDES, Paulo de Sousa; REIS, Sónia, MIRANDA, António - Ob. Cit., 2008, p. 859. Em sentido semelhante, Paulo Albuquerque considera que a oferta corresponde a um crime de perigo, em: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário ao Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Universidade Católica, 2008, p. 887.

³⁰ PINTO, Frederico de Lacerda da - A intervenção penal na corrupção administrativa e política. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra: Vol. 39, N.º 2 (1998), p. 522.

mação) existindo, desta forma, uma divergência da qualificação de Almeida Costa.³¹

Esta qualificação do crime é também seguida por Simas Santos e Leal Henriques que consideram que a corrupção passiva corresponde a um crime de “natureza formal ou consumação antecipada, isto é, basta a simples solicitação, aceitação ou promessa de vantagem para que o crime se consuma, independentemente de o funcionário ter ou não intenção de praticar ou não praticar o acto que se pretende (...) A consumação do facto diverge consoante o modo por que a corrupção se apresente. Assim, se é o funcionário que solicita, o crime consuma-se com essa solicitação, independentemente do particular aceitar ou não a instância daquele; se o funcionário, pelo contrário, é solicitado pelo particular, a infracção só se consuma, para o funcionário, na hipótese de este vir a aceitar o oferecimento ou a promessa ou a receber a dádiva.”³²

Seja qual for a posição adoptada, estamos perante uma tentativa da prática de corrupção nas situações em que quem solicitou ou ofereceu a vantagem indevida não consiga fazer chegar a sua intenção de forma perceptível ao seu destinatário, desde que a sua acção preencha os critérios gerais do art.º 22.º do CP e os critérios de causalidade adequada de forma a podermos estar perante um ato de execução.³³

Como exemplo, refira-se o Acórdão do TRL, de 22.5.2012³⁴, no qual é apreciado o caso de um condutor que tenta subornar um agente da Guarda Nacional Republicana: “(...) Não estando provado que o agente policial entendeu com clareza que o arguido pretendia entregar-lhe o dinheiro colocado dentro dos documentos, o crime não se consumou, sendo o arguido punido apenas pela tentativa.”

E, como é sustentado num Acórdão da TRC, de 23.5.2012: “O crime de corrupção ativa consuma-se com a simples dádiva ou promessa de dádiva e,

³¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário ao Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, 3.ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2015, p. 1185; GARCIA, M. Miguez; RIO, J.M. Castela - **Código Penal - Parte Geral e Especial**. Coimbra: Almedina, 2014, p 1236.

³² LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SANTOS, José Carrilho de Simas - **Código Penal Anotado**. 3.ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2002, Vol. 2, p. 1600 e 1601.

³³ COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 1984, p. 187 e ss.

³⁴ Acórdão do TRL, de 22.5.2012, Proc.º n.º 28/08.2GGLSB.L1-5.

nesse momento, é violado o bem jurídico protegido. O que quer dizer que a ilicitude a considerar é a resultante da prática daquelas condutas e não a que resulta da execução do ato ilícito por parte do corrupto passivo.”³⁵

Assim, se a proposta ou o pedido não forem suficientemente claros e, por isso, a outra parte não se aperceba da intenção do corrupto/corruptor, o crime será na forma tentada.³⁶ Podendo ser admitir que a consumação não se dá com o recebimento ou entrega da peita, de tal forma que é ser defensável que um funcionário “comete o crime de corrupção mesmo que nada receba ou não execute a tarefa antijurídica.”³⁷

Em conclusão, embora existiam pontos de convergência comuns à várias posições e todas visem defender, em última análise, que as decisões do Estado não sejam condicionadas por interesses ou pressões que não correspondam ao prosseguimento do exercício da função pública³⁸, não existe uma teoria unânime. Antes pelo contrário.

Embora a maioria da doutrina portuguesa acolha a teoria da autonomia intencional do Estado, esta não seguida unanimemente pelos autores nacionais sendo certo que mesmo aqueles que a defendem não o fazem nos mesmos termos, existindo entre os próprios seguidores divergências doutrinárias quanto à qualificação do crime de corrupção.

Passemos a aprofundar a ligação do crime de corrupção passiva com o regime de conflito de interesses.

³⁵ Acórdão do TRC, de 23.5.2012. Posição já adoptada no Acórdão do STJ, de 13.5.1998, Proc.º n.º 046663.

³⁶ Refira-se, no entanto, que a não prática do acto já foi até entendida como uma atenuante. Veja-se, designadamente, o Acórdão do STJ, de 13.05.1998, referido em LEAL-HENRIQUES; SANTOS, Simas - Ob. Cit., 2002, p. 1616: “(...) é de aceitar que a não execução do ato ilícito possa ser atendida na fixação da pena, funcionando como atenuante geral”.

³⁷ Acórdão do TRC, de 1.10.2008, Proc.º n.º 247/94.7JA AVR.C1.

³⁸ No mesmo sentido, LAMAS, Ricardo Rodrigues da Costa Correia - O recebimento indevido da vantagem: Análise substantiva e perspectiva processual. **Revista do Ministério Público**. Lisboa: Ano 32, N.º 126, (Abr-Jun 2011), p. 71.

2.4. A ligação do regime de conflitos de interesses com a corrupção

A existência de interesses privados do funcionário que interfiram no cumprimento de deveres associados ao cargo público, provocando um conflito que possa conduzi-lo a adoptar uma conduta ilícita, é uma questão indissociável da corrupção. É, aliás, um tema referido na Convenção da ONU contra a Corrupção (v.g. arts. 8.º, 10.º e 12.º), em vários guias e relatórios da OCDE e em recomendações do Conselho Europeu e de outras organizações internacionais.

Na verdade, os princípios orientadores do exercício da função pública – em especial, os da imparcialidade e da prossecução do interesse público – podem ser postos em causa, quando o funcionário se depare, no exercício das suas competências, na situação de ser chamado a intervir num processo ou num procedimento, em que tem um interesse privado, alheio à sua qualidade de funcionário.

Tais situações, se não identificadas e, subsequentemente, geridas de forma eficaz, poderão colocar em perigo a integridade dos processos de decisão das várias organizações e instituições, podendo, daí, resultar a prática de crimes de corrupção.

Existe um reconhecimento internacional da ligação intrínseca entre o regime de conflito de interesses a que um funcionário está vinculado no exercício do cargo e o regime jurídico-penal vigente respeitante a actividades corruptas. Esta relação funda-se tanto na incontestável similitude dos fins de protecção de bens-jurídicos e deveres inerentes ao exercício da função pública como no tipo de situações que ambos os regimes, se bem que por diferentes formas, visam impedir (*i.e.* abusos de poder, corrupção passiva, usos indevidos de dinheiros públicos).

De facto, quer consideremos o bem jurídico tutelado pela corrupção a autonomia funcional do Estado quer a integridade do exercício da função pública, estaremos a defender, na sua componente essencial, os mesmos valores e imposições provenientes do Estado de Direito.

Em suma, o regime penal e o de conflito de interesses visam estabelecer um enquadramento jurídico do exercício da função pública assente em parâme-

tros semelhantes, os quais conduzem a uma pureza do processo de decisão, assente no respeito por um conjunto de deveres que o cargo impõe ao seu titular.

Assim, princípios como a prossecução do interesse público, da insenção, da imparcialidade, da independência do decisor e da autonomia da vontade das instituições públicas face a pressões e interesses privados externos ou do próprio funcionário, são núcleos comuns aos dois regimes.

No fundo, recorrendo a vias bem diferentes, ambos visam cumprir o mesmo fim no ordenamento jurídico.

Já Lacerda da Costa Pinto defendia que “o regime jurídico-penal da corrupção na ordem jurídica portuguesa consistia apenas uma parcela de uma regulamentação mais vasta, relativa à actividade dos funcionários e dos titulares de cargos políticos.”³⁹

Quer isto dizer que não cabe apenas ao Direito Penal a missão de proteger o exercício da função pública. A existência de um regime de natureza administrativa/disciplinar que o auxilie nessa tarefa é essencial para que a concretização desse fim seja possível.

Como é referido nas Recomendações do Conselho da OCDE sobre Gestão de Conflitos de Interesse no Setor Público de 2003, um conflito de interesses não é *ipso facto* corrupção, nem esta uma consequência inevitável daquele. Porém, o mesmo texto refere que da existência de conflitos entre interesses privados e deveres do cargo podem resultar na prática de corrupção.⁴⁰

Alguém com interesses privados num processo ou num procedimento, nos quais venha a ter uma intervenção direta nos processo de decisão, poderá mais facilmente, em comparação com outra sem quaisquer interesses, ser levada a agir inadequadamente ou ilicitamente, podendo, pois, contaminar a decisão final.

Embora nem todos os conflitos de interesses mereçam tutela penal – não cumprindo os requisitos de tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade do Direito Penal –, aplicando-se, muitas vezes, uma mera sanção administrativa dis-

³⁹ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa - Ob. Cit., 1998, p. 520.

⁴⁰ Guia Prático da OCDE, **Managing Conflict of Interest in the Public Service**: OCDE guidelines and Country Experiences, 2003.

ciplinar ou meramente política para resolver adequadamente o caso, ocorrem situações em que este pode ser considerado um crime.

Tal como Fernanda Palma esclarece, “o princípio da necessidade da pena exige que, para se atingir o patamar da responsabilidade penal, o conteúdo da infracção lese bens fundamentais da organização constitucional do Estado, como, por exemplo, o livre exercício de funções de um órgão, ou revele objectiva e subjectivamente um desvio ou abuso de funções ou uma grave violação de deveres inerentes ao cargo (...) A distinção entre infracção criminal e o exercício incompetente ou irregular do cargo, gerador de mera responsabilidade política, deve residir, deste logo, numa diferença de desvalor dos comportamentos em causa na perspectiva da finalidade do comportamento e do grau de lesão de bens constitutivos da organização do Estado de Direito Democrático.”⁴¹

Ora, utilizando esta distinção fundada no desvalor do comportamento e dos atos do titular do cargo, poderemos igualmente distinguir os casos em que é suficiente a aplicação de uma sanção disciplinar ou administrativa dos que necessitam de uma intervenção do Direito Penal, mediante a aplicação de uma pena.

Por outras palavras, podemos alegar que, no que respeita ao crime de corrupção passiva, os conflitos de interesses que influenciem a conduta do funcionário, podem ser subsumidos ao tipo legal, devendo a sua conduta ser definida como “um comportamento que se desvia dos deveres formais do cargo público devido a interesses de natureza privada (v.g. pessoal, família próxima, grupos privados), pecuniários ou relativos ao estatuto; ou que viole regras contra o exercício de determinados tipos de influência que atende a interesses privados.”⁴²

Assim, em última análise, o conflito de interesses poderá tanto constituir a motivação que leva à solicitação ou oferta de uma vantagem indevida, ainda que esta não corresponda a uma valor pecuniário, como o próprio conflito ser causado pela entrega de uma vantagem indevida.

⁴¹ PALMA, Maria Fernanda - Responsabilidade penal e Responsabilidade política. **Anatomia do crime**. Coimbra. N.º 1 (Jan-Jun 2015), p. 17.

⁴² NYE, Joseph - Corruption and Political Development: a Cost-benefit Analysis. **American Political Science Review**. Cambridge. Vol. 61 (June 1967), p. 61.

Além disso, numa outra vertente, o regime de conflito de interesses não se esgota na “punição” dos titulares dos cargos em casos que não tenham dignidade penal. O regime contém uma veia preventiva essencial para o bom funcionamento do Estado, fundada na identificação prévia de conflitos de interesses e de relações entre os vários titulares e interessados no procedimento.

Esta última particularidade do regime pode ainda, caso a prevenção falhe, ser bastante útil numa investigação criminal, especialmente em esquemas de corrupção mais complexos, fornecendo informações (v.g. interesses privados, negócios, conflitos prévios que existiram, processos, decisões em que foi chamado a intervir, etc.) sobre o funcionário, de forma estabelecer uma eventual ligação com o corruptor ou identificar uma vantagem indevida dissimulada entregue ao titular do cargo ou a um terceiro (acções de uma empresa, doação a uma fundação ou associação sob sua direcção, promessa de um emprego, etc.).

Ao Direito Penal e órgãos de investigação criminal caberá a função de repressão deste tipo de crimes. Ao regime de conflito de interesses, a função de identificação e resolução de conflitos de interesses, em especial os que criem situações de risco de corrupção.

Importa sublinhar que, embora as entidades com competências neste regime possam resolver, por si só, a maioria dos conflitos de interesses, não têm, em regra, competências para abrir um inquérito criminal, subsumindo-se a sua atividade na aplicação de sanções administrativas e/ou disciplinares e na denúncia do caso às autoridades competentes e posterior colaboração no que lhes for requisitado.

Poderão, porém, independentemente da acção dos órgãos criminais, aplicar sanções administrativas, se da actuação do funcionário tenha resultado uma violação do regime de conflito de interesses, devido à separação de processos e competências usualmente existente no ordenamento jurídico.⁴³

Por exemplo, independentemente do resultado do processo instaurado nos tribunais penais, poderá ser aplicada uma sanção de suspensão ou demissão

⁴³ Sobre a autonomia existente entre processo disciplinar e penal, ver Acórdão do Tribunal Central Sul de 26.6.2008, Proc. n.º 03670/99.

do cargo, visto que o processo disciplinar funcionará autonomamente ao processamento penal do crime.

É certo que o corrupto pode recorrer a meios obscuros, para esconder as suas ligações e o recebimento do suborno. Porém, a existência de um regime de conflito de interesses que o force, ao longo do exercício do cargo, a sucessivamente, declarar e registar os seus interesses, património e conflitos prévios, acompanhada de uma competente fiscalização por órgãos competentes, irá certamente dificultar-lhe os seus desígnios.

Em suma, tanto o regime de conflitos de interesses como o regime jurídico-penal irão, conjuntamente, suprimir a corrupção na sociedade, defendendo os mesmos valores e princípios fundamentais do Estado de Direito que impedem aqueles que sejam dotados de poder público de pôr em causa o normal exercício do cargo, a independência das instituições públicas e o prosseguimento do interesse público.

2.5. O conceito de conflito de interesses e a função de um regime de conflito de interesses

Conflitos de interesses irão sempre existir em qualquer sociedade pela simples razão de que os cargos públicos são ocupados por pessoas, cada uma com os seus próprios interesses da mais diversa natureza. Tal facto implica que quaisquer tentativas de criar um modelo organizacional completamente imune a estas situações seria utópico.

Os objetivos de um regime de conflitos de interesses devem, antes, passar pela contínua defesa da integridade e imparcialidade no processo de decisão do Estado e das restantes nas instituições públicas, e, no sector privado, pela defesa da integridade e ética na vida económica, em especial, protegendo os interesses dos acionistas e do público em geral de condutas nocivas.⁴⁴

Para que tais fins sejam cumpridos, é imperativo que o ordenamento jurídico esteja dotado de instrumentos que possibilitem identificar e impedir a

⁴⁴ No mesmo sentido, ARGANDOÑA, António - **Conflito de Interesses: El punto de Vista Ético**. Borrador: Apresentação à XII Conferência Anual de Ética, Economia e Direção, 2004, p. 2 e ss. Disponível em: <URL: <https://pt.scribd.com/document/81233377/Antonio-Argandona>>.

criação de conflitos de interesses, tal como, caso isso não seja possível, resolver apropriadamente o conflito, evitando a prática de quaisquer atos ilegais e, se necessário, punindo o infractor.

A isto acresce a questão de que a actualidade é palco de um número crescente de novos tipos de relações entre o sector público e privado (v.g. concorrência de empresas públicas com privadas, colaborações público-privadas, auto-regulação, intercâmbios de pessoal, patrocínios, organizações privadas sem fins lucrativos, etc.), que conduziram a uma alteração do paradigma tradicional, que separava os sectores, aumentando, consequentemente, a emergência de novos conflitos de interesses passíveis de comprometer a prática de actos pelo funcionário.

Devido a esta realidade, uma boa política de conflito de interesses deverá igualmente abranger – além de altos cargos públicos e políticos com funções essenciais para o Estado ou com posições de direcção e chefia da Administração Pública – os cargos que se insiram numa zona sensível entre o sector público e o privado, como é o caso das autoridades reguladoras.

O regime tem, também, de ser um equilibrado. Isto é, não deve restringir desnecessariamente, nem o acesso ao cargo público ou a acumulação desse cargo com outras funções ou actividades nem o exercício do cargo por motivos infundados, insustentados ou irrelevantes, afastando, sem necessidade, o funcionário competente. Só desta forma será possível garantir a atracção de profissionais competentes e salvaguardar o interesse público e a objectividade das decisões nas instituições públicas.

Quanto à definição concreta de conflito de interesses, há que assinalar que não existe um conceito internacional unânimemente aceite.

De facto, enquanto alguns Estados têm uma definição de conflito de interesses para a generalidade dos cargos públicos no seu ordenamento jurídico, sem prejuízo de posterior regulação especial para cargos específicos (como é o caso de Portugal), outros (como a Nova Zelândia) prevêm uma variedade de definições específicas, dirigidas especialmente para certos cargos públicos.

Existem ainda Estados (v.g. a Alemanha, a Austrália e a Noruega) que não consagraram no seu ordenamento jurídico qualquer definição formal de

conflitos de interesses, optando, antes, por uma abordagem sustentada em princípios e orientações genéricas, que moldam a conduta que o funcionário público deve seguir no cumprimento das suas competências.

Em sentido amplo, o conflito de interesses pode estar presente em quase todas as decisões humanas, que tenham que ver com terceiros.

Já em sentido estrito, poderemos limitá-lo às situações em que um interesse pode interferir com a capacidade de uma pessoa, de uma organização ou instituição que, legal, contratual, convencional ou profissionalmente, está obrigada a actuar de acordo com os interesses de outra parte ou na prossecução geral do interesse público.⁴⁵

No guia da OCDE de Gestão de Conflitos de Interesses no Serviço Público, são identificados três tipos de conflitos de interesses: o real, o aparente e o potencial, todos eles enquadráveis no sentido estrito acima referido.⁴⁶

O conflito de interesses real envolve um conflito entre os deveres públicos e os interesses privados de um funcionário público. São assim os casos em que o funcionário tem interesses na sua esfera pessoal que podem influenciar indevidamente o exercício das suas funções e responsabilidades oficiais.

Para a existência de um conflito não é necessário que um interesse seja prejudicado, de facto, em prol de outro, basta, tão-só, que o interesse possa ser prejudicado.⁴⁷

Quando esse interesse privado tenha comprometido, efectivamente, o comportamento do titular do cargo público, o caso vai para além de um conflito de interesses, enquadrando-se, no âmbito penal, devendo, assim, o ato ser considerado um acto de abuso de poder ou de corrupção passiva.

Assim, tal como a recomendação da OCDE reforça, a definição de interesse privado não está limitada a uma vantagem pecuniária ou àqueles interesses que geram um benefício direto para o funcionário público.

⁴⁵ Cf. ARGANDOÑA, António - Ob. Cit., 2004, p. 3.

⁴⁶ V. Guia OCDE, 2003, p. 24-25.

⁴⁷ Cf. DELZANGLES Hubert - Regulatory authorities and conflicts of interest, *in*: **Corruption and Conflicts of Interest: A Comparative Law Approach**. Cheltenham: Edward Elgar Pub, 2014, p. 32.

Um conflito de interesses, desde que possa influenciar a capacidade de decisão do titular do cargo, pode envolver interesses relacionados com afiliações ou associações a variadas organizações, interesses de família ou interesses ligados a uma atividade privada que o funcionário exerça. Também as negociações relacionadas com um futuro posto de trabalho, quando o funcionário ainda se mantenha no exercício de um cargo público, são geralmente consideradas como uma situação de conflito de interesses.

Quer isto dizer que quaisquer condutas, no exercício do cargo, que levem a um incumprimento de um dever profissional, enriquecimento ilícito, uso abusivo de informação privilegiada ou delitos relacionados com a actuação da Administração Pública ou da Justiça, estão inevitavelmente ligadas a este tipo de conflitos.

Porém, os tipos conflito de interesses não se subsumem, apenas, ao conflito real. Incluem, também, os conflitos aparente e potencial.

O conflito de interesses aparente ocorre quando o funcionário público pode influenciar indevidamente o exercício das suas funções. Mas tal não acontece na realidade.

O conflito de interesses potencial acontece quando um funcionário público tem interesses privados que podem gerar um conflito de interesses, se o funcionário tiver de assumir responsabilidades oficiais incompatíveis no futuro.

Embora esta diferenciação da OCDE seja usualmente referenciada e utilizada em matéria de legislação de conflitos de interesses, existem algumas divergências quanto ao modelo sugerido.

Por exemplo, Zalaquett entende que esta categorização não é suficientemente clara, sustentando que o conceito de conflito de interesses deve ser conceptualizado como “a existência de situações de risco para os interesses públicos ou para interesses de um determinado grupos, porque uma pessoa (funcionário público ou agente privado) que se encontra submetida a um dever fiduciário de zelar por tais interesses, mantém, ao mesmo tempo, encargos, interesses ou

relações de natureza privada (excepcionalmente, também de natureza pública), que geram o incentivo para favorecê-los às custas ou acima daqueles.”⁴⁸

É, então, possível admitir que o conflito de interesses “não se trata (exclusivamente) de uma conduta, mas de uma situação, o estado de coisas que implica o risco objetivo de que as pessoas envolvidas cheguem a incorrer em condutas que afectem negativamente determinados interesses públicos ou colectivos.”⁴⁹ Por outras palavras, é o conflito de interesses que cria o clima para a prática de um ato de corrupção, sendo um ponto essencial da temática a questão de como se pode evitar a criação destas situações.

Noutro plano, importa mencionar a teoria da agência, a qual sustenta que o conflito de interesses ocorre quando se cumprem três condições: uma divergência de resultados económicos (*pay-out*) entre o interesse legal a que o titular está obrigado e o seu interesse “privado”; os altos custos de informação e de controlo para a parte interessada; e as elevadas barreiras de entrada que dificultam a competência de agente rivais.⁵⁰

Como Anne Petters sublinha, o agente (o funcionário), embora actue, baseando-se numa relação fiduciária entre os detentores de cargos e a população, de forma a proteger e servir os interesses do principal (o interessado), tais interesses poderão chocar, criando-se, dessa forma, em qualquer ramo ou cargo do Estado, este conflito que poderá corromper o processo de decisão.⁵¹

Em conclusão, embora existam divergências na definição de conflito de interesses, todas referem a ligação da prática de actividades corruptivas com a existência de interesses privados alheios ao legítimo processo de decisão.

Estudemos, agora, quais as respostas que os regimes de conflitos de interesses dão a este problema.

⁴⁸ ZALAUQUETT, José - Ob. Cit., 2011, p. 183

⁴⁹ ZALAUQUETT, José - Ob. Cit., 2011, p. 181.

⁵⁰ Cf. ARGANDOÑA, António - Ob. Cit., 2011, p. 5. Teoria já desenvolvida por BOATRIGT, J.R., Conflict of Interest: An Agency Analysis, in: **The Ruffin Series in Business Ethics..** Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 187-203.

⁵¹ Cf. PETTERS, Anne - Conflict of Interest as a Cross-cutting Problem of Governance. In: **Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance.** Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 13 e ss.

2.6. As soluções apontadas na identificação e resolução de um conflito de interesses

Não existe uma solução ou medida perfeita que resolva totalmente a questão da ocorrência de situações de conflitos de interesses no exercício da função pública, e, muito menos, uma que possa ser aplicada de igual forma a todas as situações e ordenamentos jurídicos (*one size fits all*).

Embora existam situações susceptíveis de originar conflitos de interesses comuns à generalidade dos cargos (v.g. relações familiares, interesses patrimoniais, etc.), sendo usualmente utilizados métodos de prevenção e resolução semelhantes independentemente do cargo em causa, existem também outras situações que só podem ocorrer ou são mais prováveis de ocorrer no exercício de certos cargos e instrumentos que não podem ser aplicáveis à globalidade dos casos.

De facto, devido às particularidades que podem provir da natureza, das características, das competências ou da própria funcionalidade de cada cargo bem como do modelo organizacional ou das atribuições da instituição em que este se insere, o regime de conflito de interesses a ser aplicado a um cargo concreto pode necessitar de prever situações de conflitos especiais ou métodos de resolução próprios para determinados conflitos.

Podemos distinguir a regulação dos conflitos de interesses entre regulação substantiva e regulação procedimental ⁵².

A regulação substantiva subsume-se, fundamentalmente, à acção do legislador na tipificação de crimes e sanções contra-ordenacionais, administrativas ou disciplinares, assentes na presunção que estas irão desentivar comportamentos nocivos ao princípio da imparcialidade. Este é um modelo tradicionalmente utilizado pelo Estado para combater a prática de condutas consideradas nocivas e a zona de acção do Direito Penal.

⁵² Ver: ISSACHAROFF, Samuel - **Conflicts of Interest: Challenges and Solutions in Business, Law, Medicine, and Public Policy**. 2.^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Estas normas podem não considerar a variedade de relações possíveis entre o titular do cargo e o interessado, sendo insuficientes para evitar condutas indesejáveis. Para além disso, são de difícil aplicação *ex post*, devido às características do sistema judicial ou administrativo, estão relacionadas mais com a repressão da corrupção.⁵³

Assim, embora aquelas normas sejam necessárias no ordenamento jurídico – de forma a existir uma proteção penal dos bens-jurídicos postos em causa – demonstram-se insuficientes para, por si só, instituir um regime jurídico capaz de combater os conflitos de interesses da sociedade contemporânea.

Para além da existência de normas repressivas que punam o titular do cargo, a tendência hodierna para a resolução de um conflito entre uma função fiduciária (estadual ou privada) e outros interesses privados (excepcionalmente, também públicos), passa, antes, pela prevenção e pela regulação desses conflitos.⁵⁴

Este tipo de soluções abrangem a regulação procedimental e visam impedir a ocorrência de conflitos de interesses ou facilitar a sua resolução, através da prevenção e de meios mais activos que os acima referidos.

A regulação procedimental é primariamente regulada, pela grande maioria dos Estados, através de fontes legislativa primárias (*primary legislation*) – no mínimo, nos seus princípios fundamentais e normas nucleares – podendo mesmo deter assento constitucional – como acontece em Portugal, devido à possibilidade de lesão de direitos fundamentais dos cidadãos que o conflito de interesses possa acarretar (i.e. restrições a direitos políticos ou de greve, incompatibilidades com o exercício do cargo, princípio de exclusividade, etc.). Poderão também apenas constar em legislação administrativa relacionada com o funcionamento da Administração Pública, opção utilizada em alguns Estados, como a Áustria⁵⁵ e a Bélgica.

⁵³ Cf. ARGANDONA, António - Ob. Cit., 2004, p. 8.

⁵⁴ Cf. ZALAQUETT, José - Ob. Cit., 2011, p. 183.

⁵⁵ Sendo o método de legislação ordinária, no caso da Áustria, utilizado exclusivamente na consagração do regime de conflito de interesses desse Estado, devido à implementação, sob essa

Para além desta hipótese, é também usual, como forma de reforçar o sistema, a aprovação de Códigos de Conduta ou Ética – como acontece, por exemplo, na Itália, na República Checa, e nos EUA⁵⁶ –, onde, para além das regras pelas quais os funcionários se devem reger no exercício das suas funções, são detalhados os procedimentos a adoptar para a identificação e a resolução de conflito de interesses, assim como para lidar com casos de dúvida quanto à existência desses conflitos.

Importa referir que, embora sejam uma minoria, alguns Estados utilizam estes instrumentos e fontes legislativas secundárias (*secondary legislation*) para aprovarem a maioria das suas normas relativas ao seu regime de conflitos de interesses.

Em suma, não importa qual a natureza formal dos diplomas que os vários Estados aprovam nos seus regimes quanto à gestão de conflitos de interesses. Importa, sim, a eficácia da definição das regras, conceitos e princípios basilares, bem como a consagração de métodos e de instrumentos práticos e flexíveis às diversas situações que possam surgir, de forma a ser possível uma célere identificação e resolução desses conflitos.

Como já foi referido, as soluções concretas dos vários regimes para gerir um caso de conflitos de interesses são da mais variada natureza. Passemos, agora, a enunciar as mais utilizadas.

As soluções poderão passar por medidas institucionais, assumindo a forma de **constituição regular de audições, supervisões ou fiscalizações** (externas ou internas) responsáveis pela avaliação da existência de um conflito de interesses e, em caso afirmativo, subsquentemente, da sua resolução.

Esta avaliação terá como objetivo aferir da independência e imparcialidade do titular no exercício do cargo, podendo ter um âmbito específico – a análise de uma conduta, de um ato ou de um processo em específico – ou um âmbito geral – a ponderação geral de se o funcionário, tendo em conta os seus interesses

forma, de um regime considerado tão eficaz que torna desnecessário o recurso a outros instrumentos secundários ou fontes legais.

⁵⁶ V. Relatório OCDE (2003), p. 44-46, bem como as análises individuais de cada Estados, para um maior entendimento do âmbito, moldes e utilização dos Códigos de Conduta referidos.

privados, reúne as condições necessárias para continuar a exercer o cargo, sem que seja necessário proceder a alterações à sua situação. Refira-se, a título exemplificativo deste tipo de soluções, a constituição de Comissões de Ética ou a apreciação da situação por um órgão hierárquico superior.

Ao determinar a solução mais adequada para resolver a situação de conflito real, os responsáveis pela decisão devem pesar os interesses da organização, o interesse público e os interesses legítimos dos funcionários bem como, em casos específicos, o nível e a posição ocupada pelo funcionário em causa.

Também a criação de “muralhas da China” – i.e. o **impedimento de acumulação** de situações, posições ou actividades entre vários departamentos, organizações, órgãos de soberania, ou, entre outras funções ou serviços num caso concreto, devido à potencialidade de choques de interesses resultantes da acumulação desses dois cargos ou funções – é uma medida geralmente utilizada para proteger a imparcialidade, independência e o controlo recíproco, exigido para o cumprimento do princípio da separação de poderes e o normal funcionamento do Estado de Direito. Por exemplo, a proibição de titulares de cargos públicos ligados à magistratura, sindicatos ou organizações sociais de concorrerem, durante o exercício do mesmo, a certos cargos políticos elegíveis.⁵⁷

Refira-se que os impedimentos de acumulação do cargo público com outras situações não se subsumem apenas a cargos ou funções de natureza pública. De facto, é usual que o funcionário também fique impedido de ocupar postos de trabalho ou exercer actividades conflituantes com o cargo público no sector privado, sendo comum que o funcionário seja submetido a um regime de exclusividade até que cesse funções.

Alguns Estados com uma longa tradição de legislação administrativa – como é o caso de Portugal e da Alemanha – utilizam uma aplicação rígida do princípio da exclusividade no exercício de funções públicas como uma fonte preventiva de problemas de conflitos de interesses.

Sinteticamente, segundo esta corrente, o funcionário público deve, no exercício do cargo, dedicar-se, exclusivamente, a atuar no quadro das suas

⁵⁷ Cf. ZALAQUETT, José - Ob. Cit., 2011, p. 13.

competências e no estrito prosseguimento do interesse público, não podendo, na maioria dos casos, cumular o seu emprego/cargo público com outra atividade privada, renumerada ou não, ou outro cargo público, nem, em alguns casos, praticar algumas atividades de natureza política. Note-se que esta exclusividade existe também em outros Estados sem tanta tradição administrativa, como é o caso dos EUA.⁵⁸

Para além destes impedimentos de acumulação, são utilizados **impedimentos gerais** para o exercício do cargo, podendo tanto serem consagrados expressamente e deter um carácter obrigatório (como são exemplos clássicos os casos em que um funcionário decida em causa própria ou existam familiares diretos ou pessoas com quem o funcionário tenha ou tiver tido uma relação próxima/íntima no processo), ou através de uma norma genérica, de forma a englobar um número infindável de possíveis situações.

Como é óbvio, enquanto alguns conflitos de interesses não podem ser evitados, as organizações públicas têm a reponsabilidade de definir, se possível, expressamente, as situações e as actividades incompatíveis com o exercício do cargo público em questão, devido à confiança depositada e exigida na integridade e imparcialidade no prosseguimento da função pública.

Fora estes impedimentos, existem ainda outras soluções, nomeadamente, o **afastamento** do titular cargo do processo de decisão, entregando-se o poder de decisão a uma terceira pessoa, imparcial e independente, ficando aquele impedido de votar em decisões, na discussão das propostas e dos planos afectados pelos conflitos de interesses, e de receber documentos relevantes ou outras informações relacionadas com o interesse privado (*recusal/removal/neutralization*).

Esta solução é recomendada pela OCDE, quando não seja provável que o conflito se repita com frequência e seja apropriado que o funcionário público em causa mantenha sua posição atual, mas não participe na tomada de decisões

⁵⁸ Refira-se, a título exemplificativo, o *Ethics in Government Act* e o *Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch*, (projeto legislativo iniciado pela *Executive Order 12674*, de 12.04.1989) que contém algumas limitações quanto à empregabilidade dos funcionários federais. Também o *Hatch Act* proíbe os mesmos de exercerem diversas actividades de natureza política.

naquele processo específico. Como será exposto adiante, é uma solução bastante utilizada em Portugal.

Obviamente, a integridade da decisão não deve ser prejudicada ou influenciada por opções religiosas, profissionais, políticas, étnicas, familiares ou preferências pessoais que possam, de qualquer forma, causar uma divergência à decisão que este adoptaria, caso não existisse tal conflito.

Assim, além das hipóteses de afastamento obrigatório, previamente fixadas por lei, o funcionário deverá também ser afastado do processo, caso este admita a existência de um conflito de interesses ou de risco sério de se gerar uma desconfiança insustentável da imparcialidade da decisão.

A iniciativa para a adopção desta medida variará consoante a legislação em vigor, podendo partir diretamente do funcionário, em cumprimento de um dever legal do próprio titular do cargo; por decisão de um outro superior hierárquico ou de um órgão habilitado com competência gerir conflitos de interesses; ou a pedido do interessado/contra-parte no conflito de interesses.

Alternativamente ao afastamento do funcionário, o **abandono do interesse privado** – sendo este de carácter patrimonial ou relacionado com a associação ou ligação a uma outra organização – como forma de cessação do conflito (*divestiture*), assume-se como um outro método de resolução.

O titular do cargo deverá alienar ou restringir a operação de interesses privados que possam comprometer o exercício do cargo que detém, bem como, caso a alienação não seja possível ou excessivamente onerosa, de se abster de tomar decisões que possam incidir sobre esses interesses.

Para além dos interesses privados existentes anteriormente à tomada de posse do cargo, o funcionário deverá, também, abster-se de exercer actividades privadas em que utilize informação confidencial ou privilegiada obtidas no exercício do cargo, quando essa informação não seja do domínio público, sendo igualmente proibido o uso da posição e recursos inerentes ao cargo para fins privados.

Alternativamente ao abandono ou alienação do património que comprometa o exercício do cargo, pode ainda ser encontrada nalgumas legislações a figura do *fidecomissário cego* (*Blind Trust*). Devido ao espectro de matérias sobre quais recaem as competências e as decisões de algumas das mais altas autoridades de Estado, as possibilidades da criação de um conflito de interesses, no cumprimento das suas competências, podem ser inúmeras e indetermináveis. Assim, o titular pode, nalgumas situações, ter de entregar o seu património a um agente profissional, estando proibido de receber informações sobre como ele está a ser administrado ou que investimentos foram ou se vão realizar. Este instrumento é utilizado, por exemplo, nos EUA e no Canadá.

A transparência é também um forte meio de combate aos conflitos de interesses assumindo-se tanto como uma forma de prevenção quanto um meio a adoptar na resolução de conflitos de interesses.

Por um lado, a transparência e a publicidade do procedimento administrativo, bem como a actuação da pessoa coletiva pública levam a que o funcionário onerado com um interesse privado, que potencialize um conflito de interesses, seja incentivado/pressionado a não atuar contrariamente aos deveres inerentes ao seu cargo, mas, sim, a informar atempadamente a todos da existência desse conflito.

Devido à publicidade da sua actuação, o funcionário sabe, à partida, que é mais provável que a verificação da existência do conflito ou a utilização indevida da sua posição seja mais descoberta. Como nenhum funcionário tem quaisquer intenções de que exista um conhecimento ou suspeita da prática de actos ilícitos durante o exercício de funções, tal circunstância poderá levá-lo a atuar de uma forma mais cautelosa à que assumiria caso o procedimento fosse de uma natureza mais sigilosa.

Mesmo que não fosse intenção do titular do cargo praticar qualquer ilicitude, sabendo que provavelmente o seu conflito de interesses seria identificado, ele preferirá dar conhecimento do conflito, livrando-se de qualquer responsabilidade.

Assim, a mera transparência do processo pode funcionar, autonomamente, como uma forma de prevenção.

Por outro lado, também todos os conflitos devem ser identificados, geridos e resolvidos da forma mais aberta possível, no mínimo, com o conhecimento de todos os envolvidos no procedimento, de forma a proteger a confiança na imparcialidade da decisão e na própria organização.

Igualmente, o desenvolvimento de **mecanismos de reclamação e denúncia** que envolvam alegações de incumprimento e a elaboração de medidas efetivas para incentivar o seu uso, são medidas recomendadas para a transparência na resolução de conflitos de interesses, bem como para incentivar a denúncia de casos que possam passar despercebidos aos órgãos competentes encarregues da fiscalização e controlo deste tipo de situações (*complaint-handling*).

Criar regras e procedimentos claros de denúncia; tomar medidas para garantir que aqueles que denunciem violações sejam protegidos de eventuais represálias; e a fiscalização de eventuais abusos dos próprios mecanismos de reclamação são condições essenciais para que esta solução seja exequível e útil.

Em conexão com a transparência, a obrigação do titular do cargo de emitir uma **comunicação/informação/publicação prévia de uma declaração de interesses** escrita é um instrumento comumente adoptado nos vários ordenamentos jurídicos (*disclosure*).⁵⁹

As inscrições e declarações de interesses privados devem ser claramente registadas em documentos formais, para permitir que a instituição pública demonstre, se necessário, que o conflito específico foi apropriadamente identificado e gerido.

A divulgação adicional de informações sobre um conflito de interesse também pode ser apropriada para apoiar o objetivo geral da política, v.g. demonstrando como a divulgação de um conflito de interesses específico foi registada e considerada na ata de uma reunião relevante.

⁵⁹ Cf. ARGANDOÑA, António - Ob. Cit., 2004, p. 7 a 12.

É vulgar encontrar, em vários tratados internacionais e legislações nacionais, normas que obrigam certos funcionários públicos a fazer uma declaração (normalmente jurada ou solene) dos seus bens e interesses privados que possam afectar o exercício do cargo, incluindo as suas relações com sociedades e organizações, no momento de assumir funções ou, até mesmo, em cada procedimento em que venham a ser chamados a decidir, intervir ou influenciar de qualquer forma, no âmbito das suas funções (*initial disclosure*).

Tal declaração é periodicamente actualizada ao longo do tempo em que o titular exerce o cargo (*in-service disclosure*)⁶⁰, sendo o conteúdo da mesma da plena responsabilidade do funcionário e podendo este vir a ser punido criminal ou disciplinarmente, caso seja descoberto, através de meios autónomos de fiscalização, que existiu uma omissão séria de informação relevante.⁶¹

Assim, através deste instrumento de transparência institucional, torna-se possível – ainda numa fase inicial do procedimento ou, até mesmo, dependendo de quando a declaração deve ser efectuada, anteriormente à tomada de posse do cargo público – identificar, antecipadamente, quer a existência quer o alcance de eventuais conflitos de interesses, para além de tornar essa informação de conhecimento público ou, pelo menos, do conhecimento de todos os intervenientes no processo.

É ainda recomendado que as pessoas coletivas públicas transmitam aos seus funcionários a consciência de que estes devem, por iniciativa própria, divulgar prontamente todas as informações relevantes sobre um conflito, quando as circunstâncias mudarem depois da divulgação inicial ou quando surgirem situações novas, que possam resultar ou vir a resultar num conflito de interesses.

A constante sensibilização dos funcionários públicos – através de acções de formação e da emissão de orientações sobre a identificação de conflitos – é também apontado como instrumento para a existência de uma Administração Pública mais consciente e alertada nesta temática. Um funcionário deve, além de

⁶⁰ Cf. ZALAQUETT, José - Ob. Cit., 2011, p. 185.

⁶¹ Por exemplo, nos EUA existem organismos, como o *Office of Government Ethics* e o *United States Department of Justice Office of Special Counsel*, que assumem funções relativamente à verificação da veracidade destas declarações de interesses.

saber que deve revelar a existência do conflito, deter a competência para o conseguir identificar conflitos de interesses que interfiram com exercício do cargo.

Tal como acontece com o registo formal, a divulgação *ad hoc*, em si, não é necessariamente feita através de um procedimento público, podendo ser uma mera declaração interna, se for suficiente para manter a confiança do público no processo de decisão (*in-service disclosure in office*).

Para além disso, estas declarações podem ser também utilizadas para determinar a situação patrimonial do funcionário, no momento de assumir as suas responsabilidades públicas, podendo, posteriormente, serem comparadas com declarações da situação patrimonial do funcionário no momento em que cesse funções – forçando o titular, caso seja subornado, a recorrer a meios artificiosos, de forma a esconder o enriquecimento ilícito auferido.⁶²

Tal solução encontra-se prevista no art.º 8.º, n.º 5 da Convenção da ONUC, tendo os Estados-Parte se comprometido a “estabelecer medidas e sistemas para exigir aos funcionários públicos que tenham declarações às autoridades competentes em relação, entre outras coisas, com suas atividades externas e com empregos, inversões, ativos e presentes ou benefícios importantes que possam dar lugar a um conflito de interesses relativo às suas atribuições como funcionários públicos.”

Uma outra solução passa pela criação de **impedimentos temporários ao titular de um cargo público**, no exercício de atividades na área do sector privado na qual detinha competências (vulgo “período de nojo”).

Tal limitação vem, muitas vezes, acompanhada de uma compensação remuneratória, pelas restrições que implica ⁶³, sendo, inclusive, referida no art.º 12.º, n.º 2, al. e) da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a qual estabelece a necessidade de “prevenir os conflitos de interesse impondo restrições apropriadas, durante um período razoável, às atividades profissionais de ex-funcionários públicos ou à contratação de funcionários públicos pelo setor privado depois de sua renúncia ou aposentadoria quando essas atividades ou essa contratação estejam diretamente relacionadas com as funções desempenhadas ou

⁶² Cf. ZALAQUETT, José - Ob. Cit., 2011, p. 186.

⁶³ Cf. ZALAQUETT, José - Ob. Cit., 2011, p. 187.

supervisionadas por esses funcionários públicos durante sua permanência no cargo.”

Esta situação poderá revelar-se preocupante, porquanto algumas das pessoas com interesses no sector, muitos deles conflitantes com o interesse público, na medida em que estas possam vir a controlar as entidades públicas com competências de regulação e supervisão do sector económico, o que, naturalmente, põe em causa sua independência e o processo de decisão.

Assim, limitar temporariamente o acesso a essa actividade tem sido entendido como um remédio adequado para mitigar este tipo de situações, visto que a proibição absoluta iria, por um lado, afastar muitas pessoas com conhecimentos e experiência do mercado e, por outro, levar à instauração de subsídios vitalícios, como compensação por essa proibição.

Como solução final, caso todos os métodos de resolução falhem e o titular do cargo se recuse ou não possa abandonar o interesse privado incompatível com um adequado exercício do cargo, este deverá ser obrigado a **renunciar à sua posição oficial** (*resignation*). Esta demissão pode, nalguns casos, ser acompanhada por um impedimento temporário de ocupar cargos públicos ou, apenas, alguns deles.

A política de conflitos de interesses (em conjunto com a legislação laboral aplicável e/ou as disposições do contrato de trabalho) deverá permitir ao funcionário público que a possibilidade do seu afastamento do cargo público possa ser efectuada de acordo com um procedimento definido para essas circunstâncias.

Em vez da demissão, o titular do cargo poderá, apenas, ser **suspenso temporariamente do cargo**, até que cesse a situação de conflito, permitindo-se que volte a exercer as mesmas funções, depois de a situação estar resolvida (*suspension*).

Noutra óptica, a suspensão poderá estender-se para além da resolução da situação, funcionando como sanção punitiva, na sequência da prática de actos relacionados com o conflito de interesses (v.g. o facto do titular do cargo não ter entregue uma declaração de interesses obrigatória).

Também a demissão do cargo pode deter uma natureza punitiva, estando o afastamento do titular do cargo ligado a uma autêntica infração de um dever funcional.⁶⁴

Nestas situações o conflito de interesses resultou na prática de actos ilegais, tendo falhado a vertente preventiva do regime. Assim, o único caminho de resolução passará pelo afastamento do titular do cargo e pela utilização dos procedimentos legais respeitantes à invalidade dos actos praticados. Quer isto dizer que esta solução apresenta-se de uma natureza mista, abarcando tanto a competente procedimental como substantiva.

Exposto o conceito de conflito de interesses, e as características, objetivos e instrumentos dos regimes de conflitos de interesse, passemos a aprofundar quais as condutas concretas que devem ser consideradas corrupção passiva no ordenamento jurídico português e a identificar quais os deveres do cargo postos em causa com a prática deste crime.

3. O que se deve entender por corrupção passiva?

3.1. Corrupção *stricto sensu* e *lato sensu*

Ao iniciarmos o estudo do crime de corrupção passiva é necessário, antes, distinguir a corrupção *lato sensu* da *stricto sensu*.

A corrupção passiva tradicional *stricto sensu* está tipificada no art.º 383º do CP e destina-se a regular as “situações em que um funcionário – na acepção do art.º 386.º do CP⁶⁵ – solicita ou aceita uma vantagem patrimonial ou não patrimonial (ou a sua promessa) como contrapartida de um acto (lícito ou ilícito,

⁶⁴ A figura do *impeachment*, embora de uma natureza mais política, também pode ser incluída neste tipo de soluções. Para um estudo sobre a sua relação com o Direito Penal. Ver: PALMA, Maria Fernanda - Ob. Cit., 2015, p. 10 e ss.

⁶⁵ Sobre o conceito de funcionário, ver: CUNHA, José Manuel Damião da - **O Conceito de Funcionário para Efeitos de Lei Penal e a Privatização da Administração Pública**. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2015, p. 1224 e ss; Acórdãos do TRC, de 20.06.2012, Proc.º n.º 591/02.1JACBR.C1 e do do STJ, de 17.4.2015, Proc.º n.º 1/13.9YGLSB.S1.

passado ou futuro) que traduz o exercício efetivo do cargo em que se encontra investido.”⁶⁶

Cumpra assinalar que a tipificação do crime de recebimento indevido de vantagem no art.º 372.º – ao deixar cair a necessidade de uma ligação da vantagem com um acto concreto para o mero “exercício das suas funções ou por causa delas” – levou alguma doutrina a considerar que estamos perante um novo “delito base” do crime de corrupção, devendo este tipo legal ser entendido como um crime de corrupção sem demonstração do acto concreto pretendido.

Nesta perspectiva, a corrupção passiva para prática de um acto concreto não passa de uma agravação do crime previsto no art.º 372.º.⁶⁷

Embora esta discussão seja interessante, foi nossa opção tratarmos especificamente do crime de corrupção passiva tipificado no art.º 373.º. Pelo que, quando nos referimos a corrupção passiva, deverá, em regra, estar subentendida a prática de um acto de ofício.

Em suma, o “exercício do cargo” aqui discutido não deve ser confundido com o do art.º 372.º.

Avançando, para além da corrupção *strito sensu*, a corrupção *lato sensu* abrange todos os tipos legais que visam punir práticas de corrupção ou crimes de natureza semelhante, cada qual com os seus próprios requisitos objetivos e subjetivos, bem como a aplicação de diferentes penas, consoante a sua gravidade.

Assim, no Capítulo IV, encontramos previstos o tráfico de influências (art.º 335.º); a administração danosa no setor público ou cooperativo (art.º 235.º); o peculato (art.º 375.º); o peculato de uso (art.º 376.º); a participação económica em negócio; (art.º 377.º); a concussão (art.º 379.º) e o abuso de poder (art.º 382.º).

Além dos crimes previstos no CP, existe, também, em legislação avulsa, a criminalização de condutas consideradas corruptas.

⁶⁶ COSTA, António Manuel T. de Almeida - **Comentário Conimbricense do Código Penal**. Parte Especial. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Tomo III, p. 654.

⁶⁷ Ver: SANTOS, Cláudia Cruz - Novos Rumos na Prevenção e Repressão da Corrupção, **Direito Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Setembro de 2016, p. 85 e LAMAS, Ricardo Rodrigues da Costa Correia, Ob. Cit., 2011, p. 101 e ss.

A Lei n.º 34/87, de 16.7, prevê os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos;

A Lei n.º 50/2007, de 31.8, o regime de responsabilidade penal por comportamentos suscetíveis de afetar a verdade, a lealdade e a correção da competição e do seu resultado na actividade;

A Lei n.º 20/2008, de 21.4, o regime penal de corrupção no comércio internacional e no sector privado.

3.2. Diferenciação entre corrupção activa e passiva e concussão

Atualmente, no CP, o crime de corrupção *stricto sensu* está dividido em dois tipos legais: a corrupção ativa e a corrupção passiva.

A **corrupção passiva** (art.º 373.º) tem como primeiro requisito o de o agente ser um funcionário⁶⁸ tendo em vista regular a “conduta do agente público corrupto.”⁶⁹ De diferente modo, a **corrupção activa** (art.º 374.º) não exige tal requisito, quanto à qualidade do agente, podendo ser cometido por qualquer pessoa que tente corromper um funcionário.

A corrupção também poderá ser dividida consoante o momento temporal em que a oferta ou a promessa de oferta ocorre. Será **corrupção antecedente**, se tiver sido anterior à prática do acto, ou **corrupção subsequente**, caso seja posterior. Ambas as modalidades de corrupção são punidas de forma semelhante, sendo indiferentemente o momento em que a oferta ou promessa de oferta foi feita e “selado” o acordo ilícito.

Actualmente, num caso básico de corrupção, em que exista um pedido do corrupto ou solicitação por parte do corruptor de um suborno, à luz do actual Código Penal, estaremos perante “dois processos executivos que, apesar de rela-

⁶⁸ Em caso de co-autoria, bastará um dos autores ser considerado funcionário para que todos os co-autores possam praticar o crime, independentemente de serem individualmente considerados funcionários. Ver: Acórdão do TRG de 15.12.2009, proc nº 1279/06.0TABC.GI.

⁶⁹ Cf. SANTOS, Cláudia Cruz - Ob. Cit., 2009, p. 126.

cionados, integram infrações independentes”⁷⁰, tendo o corrupto preenchido o tipo legal do art.º 373.º, e o corruptor preenchido o do art.º 374.º.⁷¹

Quanto às penas aplicáveis, ambos os preceitos prevêm a pena de 1 a 5 anos de prisão, sendo a pena máxima aumentada até 8 anos, exclusivamente nos casos de corrupção passiva, se o ato praticado pelo funcionário for contrário aos deveres do cargo.

Como Débora Melo faz notar: “À relação fática entre as prestações do agente corruptor e do funcionário corrupto correspondeu uma tendência legislativa e doutrinária de autonomização de duas infrações, nas modalidades de corrupção activa e passiva, ao invés do entendimento das mesmas nos quadros de uma unidade criminosa constituída por uma só delito de participação necessária.”⁷²

Por outras palavras, a corrupção ativa existe para além da corrupção passiva, sendo a primeira considerada mais do que uma mera instigação da última, “(...) pelo que a consumação de cada um deles não supõe a intervenção cumulativa do agente público e do cidadão do corruptor”⁷³, embora, nalguns casos, exista uma implícita ligação entre os dois ilícitos cometidos que poderá levar a que ambos os autores sejam julgados pelo mesmo tribunal.

Porém, essa ligação não implica que seja necessário provar que ambos os agentes cometeram o crime para a punição de um agente isoladamente.

De facto, nalgumas situações só existe o corrupto ou só o corruptor, sem qualquer contraparte do acordo ilícito, não resultando dessa circunstância qualquer impedimento para a punição do agente. O caso mais evidente é a situação em que o funcionário não aceita o suborno ou o corruptor não aceita entregar a vantagem pedida pelo corrupto.

Este acordo ilícito será, também, um importante critério para distinguir o crime de corrupção do crime de concussão tipificado no art.º 379.º do CP.

⁷⁰ COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 655. Ver obras referidas do autor para um estudo das razões que levaram a esta separação e tese que se opõem à mesma.

⁷¹ Contudo, diga-se que em alguns Estados, como o Italiano, este crime ainda é entendido como um de participação necessária.

⁷² MELO, Débora Thaís - Ob. Cit., 2009, p. 78.

⁷³ SANTOS, Cláudia Cruz - Ob. Cit., 2009, p. 111.

De facto, o crime de concussão tem como elemento caracterizador, ao invés do acordo entre “partes”, a coação do particular pelo funcionário, seja esta obtida através da indução em erro ou aproveitamento do erro da vítima (concussão implícita) ou por meio de violência ou ameaça com mal importante (concussão explícita).⁷⁴

Diferentemente da primeira hipótese, na concussão explícita, a vítima tem a consciência de que está a ser coagida. Porém, “está presente em ambas as formas de coacção a ameaça das funções, o *metus publicae potestatis*, embora actuando de forma diversa: no primeiro caso, impedindo a resistência, no segundo, afastando do horizonte do particular a dúvida sobre a justeza da prestação – o funcionário participa de uma autoridade que o envolve numa aura de insuspeição e é senhor de conhecimentos técnicos específicos que o vulgar cidadão não domina. (...) Em qualquer dos casos, é necessário que a coacção “haja consistido num abuso da sua autoridade”, ou seja, dos poderes funcionais do agente (coacção ligada com a função pública do agente como meio para a obtenção desse lucro).”⁷⁵

Em suma, enquanto, na concussão, o funcionário abusa dos seus poderes, de forma a enganar ou a coagir o particular, na corrupção, existe uma “negociação” entre as partes, ou, pelo menos, um convite a negociar.

Tanto nos casos de concussão explícita como nos de corrupção para acto lícito, onde é o funcionário a tomar a iniciativa de solicitar a vantagem, pairará sempre, para o particular, algum receio das consequências negativas de que a recusa da entrega da vantagem solicitada trará para o ato a praticar pelo funcionário.

3.3. O exercício do cargo

Para a prática de um crime de corrupção passiva é, também, essencial que o funcionário receba ou exija a vantagem para a prática de um acto no exercício cargo, ou seja, utilizando as suas competências de funcionário. Ao invés,

⁷⁴ Ver COSTA, António Manuel T. de Almeida - Sobre o Crime de Corrupção, in: **Estudos em Homenagem ao Prof. Eduardo Correia**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1984: p. 105 a 123.

⁷⁵ Acórdão do STJ, de 11.4.2007, Proc.º n.º 07P806.

quaisquer favores concedidos ou serviços prestados pelo funcionário, quando não investido da autoridade do Estado, não podem tipificar um crime de corrupção passiva, independentemente da eventual consumação de outros crimes.

“A tutela da integridade no exercício das funções públicas não integra o exercício de funções privadas pelo funcionário em violação dos deveres do cargo. Mas inclui a lesão de interesses patrimoniais privados confiados ao funcionário no exercício das suas funções.”⁷⁶

A diferenciação entre funções públicas e privadas pode, por vezes, ser de difícil aferição, caso a vantagem seja oferecida para a prática de um ato relacionado com uma qualquer atividade privada que o funcionário exerça simultaneamente enquanto ocupa o cargo público, mesmo nas situações em que o próprio cargo o proíba o exercício dessa actividade privada.⁷⁷

Por exemplo, o corrupto, que ocupe um cargo público responsável pela regulação de um determinado sector económico e aja, ao mesmo tempo, como representante de uma empresa desse mesmo sector e seja pago para praticar um acto ilegal que nada tem que ver com o seu cargo público (v.g. para a prática de burla ou falsificação de documentos).

Nestes casos, embora o agente seja um funcionário, o seu cargo não foi relevante para a prática do crime, pelo que deverá ser julgado como qualquer particular, não se classificando o seu ato como corrupção passiva.

Porém, caso o funcionário utilize o seu cargo, ainda que acessoriamente, para a praticar a ato para que foi subornado, já existirá uma utilização das “vestes” de funcionário público, sendo, assim, possível que seja punido por um crime de corrupção ou outro de natureza semelhante, devido à utilização de um cargo público não permitida pelo Direito.

Note-se que esta utilização do cargo não passa por uma mera aquisição de conhecimentos e contactos ou pela influência que o cargo oferece ao seu titular, mesmo que as suas ações sejam renumeradas e infrinjam deveres do cargo,

⁷⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2015, p. 1168.

⁷⁷ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - **Comentário Conimbricense do Código Penal**, Parte Especial. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Tomo III, p. 664.

tendo de existir a realização de um ato enquanto funcionário, ou seja, um ato no exercício das funções do cargo.⁷⁸

Seguindo o exemplo atrás referido, poderá constituir um caso de corrupção passiva quando o funcionário seja subornado pelo gerente da pessoa coletiva que representa, para aplicar ilegalmente uma coima a uma empresa concorrente ou favorecer a sua empresa, utilizando a área de discricionariedade decorrente do cargo público que detém em matérias de contratos públicos, de inspeções, etc.

Nas palavras de Paulo Albuquerque, “não são condutas privadas do funcionário os atos ou omissões em matérias relativas aos seus deveres funcionais, isto é, atos ou omissões relativos à sua função. Só são condutas privadas as que nada tenham a ver com o múnus do funcionário, que ficam totalmente fora do âmbito da competência funcional do funcionário.”⁷⁹

Obviamente, da não qualificação jurídica dos casos anteriormente referidos como crimes de corrupção passiva – por não existir um exercício efectivo do cargo –, não resulta qualquer impedimento para a aplicação das eventuais sanções administrativas – que podem envolver a suspensão ou demissão do agente, ou, até mesmo, sanções penais – caso o comportamento do titular do cargo assim o requeira.

Noutro prisma, também não preenche o crime de corrupção passiva o particular que se faça passar por funcionário público e receba uma vantagem indevida para a prática de um acto, constituindo, antes, este comportamento a prática de um crime de burla ou de usurpação de poderes.⁸⁰

É importante não esquecer que o funcionário pode, em certas situações, exercer legalmente, em simultâneo, um cargo público e uma atividade privada, sem existirem quaisquer sanções para ele ou para o seu empregador. Embora, como será exposto posteriormente, o cargo público seja geralmente entendido como exercido em regime de exclusividade, existem excepções a essa regra.

Ainda que as ora mencionadas situações sejam legais, ao invés das atrás referidas – nas quais o exercício da atividade privada não era legalmente per-

⁷⁸ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2015, p. 1173.

⁷⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2015, p. 1173.

⁸⁰ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 664 e ss.

mitido ao funcionário –, pode sempre existir o recurso, por parte dos autores, à utilização desse emprego privado do funcionário, por forma a ser feita, de uma maneira mais dissimulada, a transferência do suborno para o corrupto, inclusivamente, através de métodos indiretos.

Refira-se, nomeadamente, o caso tratado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18.4.2013⁸¹, em que o funcionário exercia, simultaneamente, o cargo público de Diretor Municipal da Administração do Território da Câmara Municipal e as funções privadas de Presidente da Direção de um clube desportivo, mercadejando o seu cargo público, por forma a receber quantias destinadas a si mesmo ou ao seu clube.

Tais quantias eram transferidas de variadas formas: quer por donativos dirigidos ao clube ou ao próprio funcionário – estes últimos com a desculpa de se destinarem à sua campanha eleitoral para a Direção do clube –, quer pela aquisição, pelos corruptores, da totalidade dos bilhetes para um jogo de futebol, como forma de dissimulação do pagamento.

Ora, como é sustentado no ora referido Acórdão, “vantagens, ainda que indirectas (como o foram predominantemente), só ganham justificação no plano da funcionalidade ou, dito de outro modo, resulta demonstrado que o recebimento ou solicitação das vantagens não têm uma qualquer outra justificação ou explicação que não seja o mercadejar com o cargo, por parte do arguido.”

Assim, segundo o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), estas vantagens corresponderiam a subornos para a prática de atos dentro das competências do cargo do corrupto, sendo o arguido justificadamente condenado pelo crime de corrupção passiva.

3.4. Um ponto de vista internacional sobre o conceito de exercício do cargo

Ao analisar o Direito Internacional, no que concerne à necessidade da ligação entre o cargo exercido e o ato praticado, é essencial mencionar a Convenção da Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada pela Resolução da

⁸¹ Acórdão do STJ, de 18.4.2013, Proc.º n.º 180/05.9JACBR.C1.S1.

Assembleia da República n.º 47/2007, de 21.9, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007, da mesma data.

Esta Convenção acolhe uma definição ampla do conceito do exercício de funções, nela designada por “no exercício dos seus deveres oficiais”. O guia legislativo da Convenção, na sua anotação 183.º, manda interpretar este conceito incluindo todo o ato praticado pelo funcionário “com vista a agir ou abster-se de agir em matérias relevantes para os deveres oficiais”.⁸²

De igual forma, a Convenção sobre Luta Contra a Criminalidade Organizada Transnacional, aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, contém a mesma interpretação do conceito.

Com esta norma parece-nos que a Organização das Nações Unidas (ONU) tem como objetivo enquadrar, no crime de corrupção, os atos praticados pelo funcionário, que, embora não estejam no quadro das suas competências formais, contenham uma ligação com os deveres do cargo.

Assim, o objectivo da expressão “matérias relevantes” é o de ir para além dos atos tradicionais praticados dentro das específicas competências legais do cargo, deixando em aberto a possibilidade de classificar como corrupção passiva, atos que, embora não sejam enquadrados nesse leque, são ainda um exercício do cargo.

No nosso entendimento, consideramos, pois, ser necessária uma ligação entre o ato praticado e o cargo que o agente possui, no sentido em que o ato realizado incida sobre matérias com um concreto grau de proximidade ou choque directo com os deveres do cargo que o funcionário exerce.

Também a Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, aprovada pela ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2000 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República, n.º 19/2000, contém uma definição pertinente para a discussão deste conceito.

⁸² Para um aprofundamento sobre as implicações destas Convenções, ver: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2015, p. 1171-1176.

Esta Convenção é bastante clara ao expressar, no n.º 4 do seu art.º 1.º que “agir ou abster-se de agir no exercício de funções oficiais” abrange qualquer utilização da posição oficial do agente público, quer esta utilização releve ou não das competências conferidas a este agente.”

Tal como Paulo Albuquerque menciona, a anotação 3.ª da Convenção irá proceder a um aprofundamento da definição da violação do dever de funcionário, traduzindo-se em qualquer ato efetuado pelo funcionário em que exista uma violação do dever de imparcialidade a que o funcionário público está vinculado. Assim, independentemente do carácter lícito ou das competências do funcionário, a mera parcialidade do funcionário já será, em princípio, critério suficiente para fundamentar a existência da violação dos seus deveres.⁸³

Comparando as duas Convenções, percebemos a existência de critérios diferentes para a definição dos actos que são considerados como exercício do cargo para o crime de corrupção passiva, sendo o critério da OCDE mais abrangente que o da ONU, aliás, como a nota 41.º do parágrafo 213.º da Convenção da ONU Contra a Corrupção prevê.

Enquanto a Convenção da ONU visa punir atos praticados no exercício do cargo (ainda que utilize um conceito lato da expressão), a Convenção da OCDE vai mais longe e pune, também, os atos relativos ao exercício do cargo que impliquem uma violação dos seus deveres oficiais, mesmo que fora das suas competências oficialmente autorizadas.

Obviamente, a Convenção da OCDE tem um âmbito de aplicação menor em comparação com a Convenção da ONU, visto ser especificamente direcionada para corrupção de agentes públicos estrangeiros definidos, no n.º 4 do art.º 1.º, como “a pessoa que detenha um mandato legislativo, administrativo ou judiciário num país estrangeiro, para o qual foi nomeado ou eleito, ou a pessoa que exerce uma função pública para um país estrangeiro, incluindo para uma empresa ou um organismo públicos, e qualquer agente público ou agente de uma organização internacional pública”.

Já a Convenção da ONU abrange, não só este tipo de funcionário, mas, também, os funcionários públicos estaduais e os funcionários de uma organiza-

⁸³ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2015, p. 1172-1173.

ção internacional pública – conceitos definidos no art.º 2.º da Convenção –, o que a torna bastante mais genérica.

Outras diferenças podem ser encontradas na nota acima referida. No entanto, o que importa reter é que o critério adotado na Convenção leva a que estejamos perante uma violação genérica dos deveres funcionais do funcionário, caso este não exerça o seu cargo com imparcialidade, tendo tal acto de ser qualificado como corrupção.⁸⁴

Também a Convenção da União Europeia Relativa à Luta contra a Corrupção em que Estejam Implicados Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 72/2001 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 58/2001, de 15.11.2001, adopta, no seu art.º 2.º, n.º 2, para feitos de corrupção passiva, a expressão “para que pratique ou se abstenha de praticar, em violação dos deveres do seu cargo, actos que caibam nas suas funções ou no exercício das mesmas.”

Embora a Convenção não defina explicitamente o que são deveres do cargo, utiliza a conjunção disjuntiva “ou” para atos que, embora não se enquadrem nas suas funções, “caibam no exercício das mesmas”.

Mais uma vez, encontramos a ideia de que alguns atos, embora não sejam oficialmente funções do funcionário, podem, mesmo assim, ser considerados como exercício do cargo para a prática de um crime de corrupção.

Outras fontes normativas internacionais merecem também uma referência, tais como: a Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001, de 26.10, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República, n.º 56/2001.

Esta Convenção, que não contendo um artigo generalizador do crime de corrupção passiva, individualizou os vários cargos cujos titulares poderão cometer este crime, entre outros: agentes públicos nacionais e estrangeiros (arts. 3.º e 5.º); membros das assembleias públicas nacionais (arts. 4.º e 6.º); funcionários

de organizações internacionais, assembleias parlamentares ou juízes e funcionários de tribunais internacionais (arts. 9.º, 10.º e 11.º).

A Convenção limita-se a adotar a expressão “um ato no exercício das suas funções”, quanto ao seu alcance de aplicação, não oferecendo qualquer desenvolvimento do conceito.

Por fim, também a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, adotada em 1.3.1996, e a Convenção da União Africana para Prevenir e Combater a Corrupção, adotada em 11.7.2003, merecem uma menção, embora Portugal não seja Estado-Parte.

Ambas estas Convenções limitam-se a definir os atos suscetíveis de serem considerados corrupção como atos “no exercício de suas funções públicas”.

Face ao exposto, podemos concluir que existe algum consenso internacional de que o exercício do cargo não se traduz simplesmente no exercício de competências formais, podendo ir em certa, medida para além destas, sendo, dessa forma, possível qualificar outros atos praticados pelo funcionário como dentro do exercício do cargo. Há, até, no caso da Convenção da OCDE, uma expressa inclusão de actos fora da competência autorizada do mesmo no âmbito da corrupção passiva.

Citando, mais uma, vez Paulo Albuquerque: “Em síntese, das obrigações internacionais do Estado português resulta que o tipo penal da corrupção deve incluir os atos e as omissões do funcionário em matérias relativas aos seus deveres oficiais, seja ou não dentro da competência autorizada do funcionário, sempre que ele não exerça de forma imparcial, por se ter deixado determinar por vantagens ou promessas de vantagens provenientes de particulares, podem em causa a confiança dos cidadãos na correção da administração pública.”⁸⁵

Numa última nota, importa sublinhar que, embora se tenha abordado os deveres do cargo neste capítulo, “nenhuma das convenções referidas exige a violação dos deveres funcionais do agente público como elementos constitutivo do crime. Portanto, também a comissão de um acto legal pelo funcionário público

⁸⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2015, p. 1173.

pode constituir o objectivo da corrupção activa e passiva.”⁸⁶ O que se exige, sim, é o exercício do cargo e o pedido ou aceitação do suborno.

Isto não implica a inexistência de problemáticas jurídicas quanto à classificação da legalidade do ato. Como adiante iremos expor, deverá aferir-se se o acto se trata de corrupção própria ou imprópria.

Tenhamos em atenção que a OCDE classifica qualquer violação da imparcialidade do funcionário como suficiente para a existência de uma violação dos deveres do cargo. Onde deverá, então, ser desenhada a linha?

Deixemos o desenvolvimento desta questão para um momento posterior, por forma a nos debruçarmos sob outro tópico já referido e que está necessariamente também interligado aos deveres do cargo. A divisão entre corrupção própria e imprópria.

3.5. Corrupção própria e imprópria: Distinção e análise comparativa do modelo adoptado

Como já foi referido, caso o ato praticado pelo funcionário seja contrário aos deveres do cargo, a pena máxima pelo crime de corrupção passiva passará de cinco para oito anos de prisão. Cumpre, assim, distinguir entre corrupção própria e imprópria.

Para diferenciar a **corrupção própria** (n.º 1 do art.º 373.º) da **corrupção imprópria** (n.º 2 do art.º 373.º) é necessário utilizar como critério distintivo a contrariedade aos deveres do cargo⁸⁷, tema basilar no nosso estudo.

Existe um comportamento de corrupção imprópria quando o funcionário atua dentro dos deveres do cargo que ocupa, sendo o seu ato lícito. Por outro lado, existe uma caso de corrupção própria quando o comportamento do agente viola os deveres do cargo, sendo o seu ato ilícito.

Assim, a corrupção própria corresponde ao tipo de corrupção mais comum, existindo sempre que o funcionário é subornado para praticar um ato ilícito. Por exemplo: o caso de um guarda prisional subornado para introduzir

⁸⁶ ALBUQUERQUE - Ob. Cit., 2015, p. 1173.

⁸⁷ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 655.

estupefacientes e telemóveis vindos do exterior no Estabelecimento Prisional, onde exerce funções.

Já a corrupção imprópria corresponderá a um tipo de corrupção que exige que o funcionário pratique um ato lícito, por exemplo: uma professora subornada pelo pai de um aluno para dar uma atenção especial ao filho.

Como Pinto de Albuquerque sustenta, o Estado Português está obrigado à observância da Convenção Penal sobre a Corrupção (ETS n.º 173), do Conselho da Europa, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001.

No relatório explicativo desta Convenção, é referido que quando um funcionário recebe um benefício indevido para agir de acordo com os seus deveres, tal comportamento já constitui uma infração penal, correspondendo a uma infração mais grave quando o comportamento corresponder a um ato proibido pelo cargo ou arbitrário.⁸⁸

O principal objetivo da Convenção passa pela defesa da confiança dos cidadãos na atuação da Administração Pública, abstraindo-se da violação ou não dos deveres do cargo, os quais terão de ser, obviamente, provados em julgamento, e considerando essa violação um elemento de agravamento do crime de corrupção e não da sua tipificação.⁸⁹

Não seria aceitável, num Estado de Direito Democrático, que o titular de um cargo público pudesse exigir a alguém, pelos atos praticados no exercício do seu cargo, ainda que dentro dos deveres inerentes, uma quantia indevida pela sua atuação.

Na prática, quer a própria autonomia do Estado quer o entendimento do cidadão sobre a mesma, ficariam prejudicadas por estes comportamentos, deixando transparecer que o funcionário necessita de um “incentivo”, para além do que lhe é legalmente devido, para exercer o seu cargo.

Embora seja relevante, para o Direito Penal, que da ação ou da omissão do funcionário resulte uma violação dos deveres do cargo, a verdade é que, mesmo que esta ação se mantenha dentro dos deveres do cargo, o funcionário

⁸⁸ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2015, p. 1171.

⁸⁹ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2015, p. 1171.

está, igualmente, a vender venda os seus “serviços”. O mercadejar do cargo existe nas duas situações, embora a primeira seja mais lesiva.

Desta forma, podemos concluir que, quando abordamos o tema da corrupção, não estamos apenas a analisar as situações em que um funcionário pratica um ato manifestamente ilícito e injusto. Analisamos, também, as situações em que o funcionário age de uma forma aparentemente lícita, mas influenciado, ainda que não totalmente, por um suborno, não passando a corrupção própria de um agravamento do crime de corrupção imprópria.

Alias, devido a esta vertente, existe até juristas que se interrogam se a licitude do ato deve ser considerada justificação exclusiva na qualificação destes crimes e de se a distinção entre corrupção própria e imprópria, devido às inerentes dificuldades de prova, ainda faz sentido no ordenamento jurídico.⁹⁰

Façamos, agora, uma abordagem de Direito Comparado desta distinção.

Em Itália, semelhantemente ao nosso próprio C.P., o *Codice Penale* opta por uma distinção entre corrupção passiva própria e imprópria, separando ambos os tipos de corrupção em dois artigos, opção legislativa também seguida em Portugal até à alteração legislativa levada a cabo pela Lei n.º 32/2010, de 2.9, que juntou ambas as corrupções num único artigo, mas em números diferentes.

Assim, no *Libro Secondo – Dei Delitti In Particolare*, secção *Dei Delitti Contro la Pubblica Amministrazione*, Capítulo I – *Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, tanto o crime de corrupção imprópria como o de recebimento indevido de vantagem, encontram-se tipificados no art.º 318 – *Corruzione per l'esercizio della funzione* – o qual prevê uma pena de um a cinco anos. Por outro lado, a corrupção própria encontra-se prevista no art.º 319 – *Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio* – que prevê uma pena de quatro a oito anos.

Também em Espanha, o Código Penal recorre a dois artigos para dividir a corrupção passiva entre própria e imprópria. Assim, no Título XIX – *Delitos contra la Administración pública*, Capítulo V – *Del cohecho*, a corrupção própria encontra-se tipificada no art.º 419, que prevê a pena de prisão de 3 a 6 anos, multa, de 12 a 24 meses, e uma inhabilitação especial, para exercer qualquer

⁹⁰ Cf. ALMEIDA, Carlos - Ob. Cit., 2010, p. 55-56.

emprego ou cargo público, bem como para o exercício do direito de sufrágio universal passivo, de 9 a 12 anos.

Já a corrupção imprópria está tipificada no art.º 420, que fixa uma pena de prisão de 2 a 4 anos, uma multa de 12 a 24 meses, e a inabilitação especial, semelhante à anteriormente referida, de 5 a 10 anos.

Cumpre, ainda, sublinhar a referência, feita no art.º 419 – para além da prática ou omissão de praticar o ato –, aos casos em que o funcionário retardar injustificadamente a prática do ato que deveria cumprir, opção legislativa que se aproxima do que expusemos, quando abordámos o dever de zelo.

Finalmente, importa referir que a corrupção subsequente está expressamente prevista no art.º 421.º do Código Penal espanhol.

Passando ao Reino Unido, o diploma que actualmente regula, tanto a corrupção como crimes de natureza semelhante, quer no sector público quer no privado, apelida-se de *Bribery act 2010*. O diploma que foi aprovado por *Royal Assent*, em 8.4.2010, e entrou em vigor no dia 1.6.2011, estabelece como limite máximo da pena, pela prática destes tipos crimes, dez anos de prisão.

Centrando-nos no crime de corrupção passiva, para a generalidade dos funcionários, este encontra-se tipificado no primeiro capítulo, *General bribery offence, section 2, Offences relating to being bribed*, estando previstas uma série de situações (*cases*) que constituem condutas típicas da prática deste crime.

É também a própria lei a consagrar que, para todos estes casos, não é relevante que a vantagem seja entregue diretamente ao corrupto ou a terceiros; que a vantagem seja para o seu próprio benefício ou de outra pessoa; ou de que a outra pessoa que exerceu a função ou atividade acredita/acreditava que o exercício da actividade ou função é/era impróprio.

Outra nota relevante é a de que o recebimento do suborno deve estar relacionado com o exercício ou a omissão do exercício de uma função ou actividade relevante – definidas pela *Section 3, Function or activity to which bribe relates*, como: actividades de natureza pública, actividades ligadas a negocios, actividades exercidas no curso de empregos e actividades exercidas por ou em nome de um número de pessoas, sejam estas, ou não, uma organização – mesmo que esta não seja exercida ou não contenha qualquer ligação com o Reino Unido.

Adicionalmente, estas funções ou atividades devem ter como inerente ao seu exercício a expectativa de boa-fé ou imparcialidade, por parte do titular do cargo, ou que o próprio cargo coloque o seu titular numa posição de confiança, em virtude do seu exercício.

Importa, ainda, definir o que a lei considera um exercício impróprio e como mede as expectativas acima mencionadas, para se poder qualificar uma conduta como um crime de corrupção.

Segundo a *Section 4, Improper performance to which bribe relates*, “A impropriedade é estabelecida se uma expectativa relevante ligada ao exercício da função ou da actividade não é cumprido.

Assim, se, no exercício da sua função ou actividade, o titular do cargo lesar as expectativas acima mencionadas ou a confiança em si depositada, estaremos perante um exercício impróprio.

A vantagem deve ser dada ou procurada de forma a induzir ou recomendar a falta de boa-fé, parcialidade ou quebra de confiança no exercício da função ou actividade. Porém, também há casos em que oferecer ou aceitar a vantagem irá, sem mais, estabelecer a impropriedade”⁹¹, como é exemplo o *case 4*, já referido.

Como critério do teste da expectativa, ou, por outras palavras, do que é esperado do titular no exercício do cargo – por força da *section 5 Expectation test* – devem ser utilizadas as expectativas que uma pessoa razoável do Reino Unido tem para o exercício do cargo em questão. Não são relevantes quaisquer costumes ou práticas não permitidas pela lei escrita do país ou território em causa para aferição dessa mesma expectativa legítima.⁹²

No que diz respeito a França, o crime de corrupção passiva encontra-se previsto no *Code Pénal*, Livre IV: *Des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique*, Título III: *Des atteintes à l'autorité de l'Etat*, Capítulo II: *Des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique*, Secção 3: *Des manquements au devoir de probité*, parágrafo

⁹¹ SULLIVAN, Bob - Reformulating Bribery, a legal critique of the Bribery Act, in: **Modern Bribery Law: Comparative Perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 20.

⁹² Cf. SULLIVAN, Bob - Ob. Cit., 2013, p. 20.

2: *De la corruption passive et du trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique*, artigo 432-11, punindo com a pena de dez anos e multa de um milhão de euros, cujo montante poderá ascender ao dobro do valor obtido com a infração, a pessoa depositária de autoridade pública, ou encarregue de uma missão de serviço público, ou investido de um mandato legislativo público, que cometa um crime de corrupção passiva ou de tráficos de influências.

Pena essa que é reduzida, a metade, pelo art.º 432-11-1, nos casos em que o autor ou o cúmplice se, tendo prevenido a autoridade administrativa ou judiciária, evitou a consumação do delito ou permitiu a identificação dos autores ou dos cúmplices.

O legislador gaulês também tipificou o crime de corrupção passiva, cometido por funcionários públicos estrangeiros, nos artigos 435-1 e 435-7, prevendo penas semelhantes às do art.º 432-11.

Nos EUA, o 18 U.S. Code § 201 pune com uma pena até 15 anos o crime de corrupção passiva, sempre que a dádiva seja recebida ou solicitada com a intenção de influenciar, cometer fraude ou praticar um acto em violação dos deveres funcionais. Estas situações corresponderão à nossa corrupção própria.

Já nas situações em que a vantagem, embora associada à prática de um ato concreto, não implique nenhuma das hipóteses acima mencionadas, nos termos da alínea c) do artigo, a pena não deverá ultrapassar os 2 anos.

Assim, o que nós entendemos por corrupção imprópria, é entendido no ordenamento jurídico americano, como tendo a mesma gravidade que as situações tipificadas, entre nós, como recebimento indevido de vantagem,

Assim, o referido artigo acolhe tanto as situações em que o titular recebe a vantagem devido ao cargo que assume como as que recebe devido à prática de um acto que não implique a violação dos deveres do cargo.

3.6. Deveres do cargo e poderes de facto

Embora a diferenciação entre corrupção própria ou imprópria pareça simples, à primeira vista, existe discussão doutrinária sobre a abrangência da expressão deveres do cargo, bem como no que toca à inclusão da prática de atos integrados nos chamados poderes fácticos inerentes ao cargo no âmbito da corrupção passiva.

A correta interpretação destes conceitos será importante para determinação do alcance do crime corrupção passiva e para a sua classificação como corrupção própria ou imprópria.

Numa perspectiva formalista, só poderíamos estar perante corrupção passiva nos casos em que o ato do funcionário estivesse dentro das suas específicas competências legais.

Esta perspectiva excluiria do crime de corrupção passiva – como já foi referido anteriormente e é unanimemente aceite – quer os casos em que um particular se faz passar por um funcionário quer os atos que não se incluam nas competências que o cargo do agente envolve. Estes comportamentos poderiam ser enquadrados noutros tipos legais, tais como usurpação de poderes, burla, etc., mas nunca como corrupção passiva.

Se o funcionário não atuou dentro das suas competências formais, não seria possível estarmos perante uma violação de deveres do cargo, pelo simples facto de que a “fidelidade do cargo” nunca seria posta em causa. Embora os seus atos pudessem acarretar sanções penais, não estariam enquadrados no exercício do cargo que lhe foi confiado.⁹³

Tal doutrina exclui, obviamente, os poderes de facto como condutas que poderiam integrar um crime de corrupção passiva.

Em sentido oposto, encontramos Doutrina que, ao invés desta fronteira estática e formalista, estende o crime de corrupção para além das específicas competências do cargo a atividades a ele ligadas por uma relação funcional imediata, onde se podem enquadrar os poderes de facto.⁹⁴

⁹³ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 664 e ss.

⁹⁴ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 664 e ss.

Esta relação funcional imediata inclui as situações em que o ato do corrupto não se integra nas suas específicas funções, mas que também não são completamente desligadas do regular cumprimento das suas funções legais, funcionando o cargo como uma espécie de “camuflagem” ou posição vantajosa para a prática do ato para qual o corrupto foi pago.

A título exemplificativo, Almeida Costa dá o exemplo do contínuo de um departamento administrativo que é subornado para subtrair um processo que estava para ser decidido pelo seu diretor.⁹⁵

Na verdade, o corrupto pode gozar, graças ao cargo que exerce, de “possibilidades de intervenção” ou, por outras palavras, de um maior nível de oportunidade ou poder para a prática do ato para que foi subornado, quando em comparação com um particular ou um outro funcionário sem este tipo de ligação. Assim, uma conduta que só seja possível graças às características próprias do cargo corresponderá, por si só, a uma utilização do cargo e por isso passível de se enquadrar num crime de corrupção passiva.⁹⁶

Estes poderes fácticos poderão passar por diversas “vantagens” que o funcionário detém, devido ao seu cargo como: a facilidade de acesso ao local onde está instalado o serviço ou departamento; o acesso a uma determinada coisa, pessoa ou processo, seja a sua forma física ou digital; o acesso a informações confidenciais, mesmo que tal acesso não decorra estritamente do cargo, mas que, graças a ele, seja possível ao funcionário obter, ainda que de forma ilícita, a informação para que foi subornado (v.g., espiando os seus superiores e colegas de serviço ou consultando, sem estar legalmente autorizado, o computador de um colega).

Para Almeida Costa, ficam fora desta classificação os actos praticados pelo funcionário que não pertença ao mesmo serviço ou departamento, “nem com ele mantenha conexões institucionais diretas.”⁹⁷ Nesses casos, o agente é considerado um estranho ao serviço, não tendo quaisquer ligação funcional com o ato, sendo comparado a um particular, e por isso, não se podendo enquadrar o caso como “proporcionado pelo exercício do cargo”.

⁹⁵ Ver: COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 664.

⁹⁶ Cf. LAFAYETTE, Alexandre; PEREIRA; Victor de SÁ - Ob. Cit., 2014, p. 909.

⁹⁷ COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 664.

Ficam também incluídos no crime de corrupção passiva atos que o funcionário não tenha competência territorial ou material mas detenha uma conexão funcional direta com o ato.⁹⁸

Assim, não basta que o funcionário goze apenas de mera possibilidade fáctica para a prática do ato, isto é, que lhe seja possível praticar o ato para que foi subornado. É, antes, necessário que o corrupto seja colocado numa posição privilegiada para a prática do ato, devido ao cargo que exerce, sendo algo inerente ao regular exercício do mesmo.⁹⁹

Imagine-se o caso de um Diretor-Geral do Ministério do Ambiente ser subornado para utilizar os seus poderes de facto num departamento do Ministério da Defesa.

Não existe, nesta situação, quaisquer ligações diretas entre o cargo e o ato praticado pelo funcionário, visto que, tratando-se de Ministérios diferentes, o cargo em questão não tem qualquer extensão ao departamento em questão.

Porém, se estivéssemos perante o caso do Ministro ter sido subornado para praticar um ato num departamento do Ministério do Ambiente sobre sua alçada ou num Instituto Público sobre qual detinha competências, já seria possível enquadrar a situação como um caso de corrupção passiva.

Nesta hipótese, o exercício do seu cargo conferia-lhe uma posição de vantagem, mais concretamente, uma posição hierárquica ou de tutela, sob aquele departamento ou serviço, o que seria suficiente para incluir quaisquer poderes de facto decorrentes do cargo, no âmbito do tipo legal em questão.

Em conclusão, nas palavras de Costa Andrade, “só podem colher esta qualificação (corrupção por utilização de poderes de facto) as acções que o funcionário não poderia levar a cabo se não estivesse investido no seu cargo público. Dito pela positiva, só merecerão a qualificação as acções que o funcionário só pode praticar precisamente porque é funcionário. Para além disso, fica toda a pletora das acções privadas do funcionário, irrelevantes e indiferentes no

⁹⁸ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2015, p. 1185.

⁹⁹ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 666.

contexto e para efeito de preenchimento da incriminação de qualquer forma de corrupção.”¹⁰⁰

Em termos de lesão efectiva do bem jurídico, como nota Almeida Costa, “no plano material, a ‘autonomia intencional do Estado’ resulta ofendida com igual intensidade quer o ato subornado tenha sido realizado pelo próprio funcionário ‘competente’, que provenha de outro que, possuindo uma relação funcional direta com o serviço, apenas o levou a cabo na atuação de ‘meros poderes de facto’. Na medida em que estes decorrem de uma relação funcional do agente, i.e., do posto que ocupa, o recebimento da peita pelo (ou para o) seu exercício constitui, ainda, uma transação com o *seu* cargo, e por isso, uma situação de corrupção passiva.”¹⁰¹

Porém, mesmo defendendo que estes poderes de facto são parte do exercício do cargo permanece uma questão. A de saber se existe ou não uma violação dos deveres do cargo. Isto é, se estamos perante corrupção própria ou imprópria quando o funcionário é subornado para atuar dentro dos poderes de facto.

Novamente, seguindo uma perspetiva formalista, seria defensável que todo o ato fora das competências específicas do funcionário revestiria um ato de corrupção própria, visto que o mesmo seria formalmente incompetente, e, por isso, inválido. E assim, contrário aos deveres do cargo.¹⁰²

Porém, esta não parece ser esta a resposta correta para a questão.

Interpretando teleologicamente a expressão “deveres do cargo” numa forma mais abrangente do que a simples competências formais, chegamos à conclusão de que o art.º 373.º visa regular os casos em que o acto do funcionário seria inválido por razões “substanciais” e de “fundo” e não por motivos atinentes à respetiva forma ou à competência do agente. “Caso contrário, o critério distintivo entre corrupção imprópria e própria acabaria por se resumir à compe-

¹⁰⁰ Excerto do parecer consultável no Acórdão da TRL de 22.4.2010, Proc.º n.º 263/06. 8JFLSB.L1-9.

¹⁰¹ COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 665 e 666.

¹⁰² Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 666.

tência ou incompetência do empregado público (...) solução a todos os títulos inaceitável.”¹⁰³

Por este pensamento, a corrupção seria própria ou imprópria dependendo não de razões de formalidade, mas de razões materiais ou substanciais da conduta do agente, mais propriamente do “carácter justo ou injusto do acto.”¹⁰⁴

Tal significa que os poderes de facto devem ser qualificados segundo os mesmos critérios utilizados para os atos incluídos nas competências formais do funcionário.

Também Figueiredo Dias acolhe esta opinião, ao sustentar que “a lei nunca confere competência para a prática de atos injustos ou ilícitos, pelo que o exercício de faculdades inerentes ao cargo no âmbito do cometimento de um crime só pode consistir no exercício de meros poderes ‘de facto’”. Como aí se refere, neste tipo de crimes, há sempre “um ‘desvio’ no exercício dos poderes conferidos pela titularidade do cargo que, desse modo, em vez de usados na prossecução dos fins públicos a que se destinam, são deslocados para a satisfação de puros interesses privados do agente ou de terceiro(s)”.¹⁰⁵

Assim, o conceito de incompetência, não pode ser interpretado, no âmbito do Direito Penal, exatamente da mesma que o é no Direito Administrativo, onde se subsume a uma questão de incompetência absoluta ou relativa de um órgão em relação ao ato adotado, englobando, também, outras formas de invalidade do ato administrativo, como a ilegalidade material do mesmo.

É importante ter em mente que a própria Administração Pública está vinculada constitucionalmente, por aplicação do art.º 266.º, n.º 2 da CRP, aos princípios da igualdade, proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade, sendo tais princípios posteriormente desenvolvidos pelo legislador ordinário em variada legislação, como por exemplo, o CPA.

Assim, todo o ato injusto irá implicar uma ofensa aos princípios fundamentais da atuação do poder público.

¹⁰³ COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 666.

¹⁰⁴ COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 667.

¹⁰⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo - Anotação a Acórdão do Tribunal Colectivo de Braga, de 20.1.1989. **Revista Legislação e Jurisprudência**, Coimbra. Ano 121 (1988-1989), p. 380.

Nos deveres do cargo não se incluem, apenas, os que resultam da Lei, mas, também, os que resultam dos usos da profissão. Sendo que a violação destes deveres deontológicos reconhecidos pelos membros da profissão ou pelas ordens profissionais é suficiente para existir uma violação de deveres do cargo e julgar o caso como corrupção própria.¹⁰⁶

Em última análise, como apontam Figueiredo Dias e Almeida Costa, este critério da relação funcional imediata demonstra-se essencial para a punição do funcionário pelo acto para que foi subornado em todos os casos em que o funcionário era “competente” para a prática do ato.

Mais concretamente, seguindo, apenas, o critério da competência formal, poderíamos chegar à conclusão de que, se o funcionário fosse plenamente competente para a prática do cargo, nunca poderíamos estar perante corrupção própria, visto que este não era incompetente para a prática do ato.

Isto não faria o menor sentido. Até mesmo as teses que defendem que o funcionário só comete um crime de corrupção passiva quando atua dentro das suas competências entendem que a sua ação implica uma violação dos deveres do cargo.

De facto, nos casos de corrupção própria, não permitindo a Lei a prática de quaisquer atos injustos, todo o ato que infrinja esse critério de justiça será considerado ilegal, e, por isso, obviamente, fora das “competências” do funcionário, só sendo possível punir o agente pela prática de corrupção própria utilizado o critério de justiça.¹⁰⁷

Ora, se tal critério de justiça é necessário para a distinção entre corrupção própria e imprópria, também terá de haver um critério semelhante para definir a que tipo de corrupção correspondem os atos decorrentes de poderes de facto.

De igual modo, o STJ adere a esta posição, ao sustentar que “a lei não se refere a acto ilícito, *tout court*, mas antes à prática de ‘acto que implique violação dos deveres do cargo’ o mesmo é dizer quando existe desvio dos poderes inerentes ao cargo ou aos ‘poderes de facto’ de tal exercício (...) Estamos assim perante um critério de distinção substancial ou de fundo ligado a uma perspec-

¹⁰⁶ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, - Ob. Cit., 2015, p. 1186.

¹⁰⁷ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 667.

tiva teleológica, no sentido de que a nota distintiva está na actuação do funcionário e na conformação do uso dos seus poderes (de facto ou de direito) ou competências segundo o padrão de objectividade, isenção, legalidade requeridos pelos deveres do cargo.”¹⁰⁸

Contudo, como nota final, cumpre apontar que, embora exista na jurisprudência uma forte adesão à posição acima referida, incluindo os poderes de facto no âmbito da corrupção passiva, ocorre uma maior discussão na qualificação dos atos do funcionário como poderes de facto em casos concretos.

Como exemplo, tome-se o Acórdão do STJ, de 20.1.2012¹⁰⁹, que aprecia o Acórdão da Relação de Lisboa, de 22.4.2010¹¹⁰, o qual, por seu turno, teve por objecto o acórdão de 23.2.2009, da 1.ª Vara Criminal de Lisboa, onde se condenava o arguido como autor material de um crime de corrupção ativa para ato lícito.

Os actos em discussão envolviam a desistência de uma ação popular intentada pelo funcionário (um vereador municipal), a prestação de declarações públicas favoráveis ao corruptor, por parte do funcionário (um vereador municipal) acerca de um processo que incidia sobre as competência e o posterior silêncio acerca do mesmo.

Embora todos os tribunais tenham julgado unanimemente que a desistência da ação popular não se tratava de um poder de facto, por ter sido intentada antes do vereador assumir funções, o mesmo não sucedeu no que toca aos restantes actos.

Segundo o Tribunal de 1.ª Instância, os atos que o corruptor tentou, ilicitamente, levar o vereador a praticar, são considerados como atos integrados nos poderes de facto inerentes ao exercício do cargo, mas que não violavam os deveres do mesmo, e, daí, corrupção ativa para ato lícito. Já, segundo o Acórdão da Relação, estes atos não integram qualquer poder de facto, decidindo, assim, absolver o arguido do crime de corrupção ativa. Por fim, o STJ entendeu que estamos perante um caso de corrupção ativa para ato ilícito.

¹⁰⁸ Acórdão do STJ, de 15.4.2010 (Acórdão que confirmou a decisão do TRC, proferida no âmbito do Proc.º n.º 169/03.2JACBR.C1).

¹⁰⁹ Acórdão do STJ, de 20.1.2012, Proc.º n.º 263/06.8JFLSB.L1.S.

¹¹⁰ Acórdão do TRL, de 22.4.2010, Proc.º n.º 263/06.8JFLSB.L1-9.

3.7. Poderes discricionários

Para além dos poderes de facto, existe também discussão doutrinária sobre qual qualificação jurídica a dar relativamente a actos discricionários praticados, mediante a solicitação ou aceitação de um suborno, por um funcionário corrupto.

Diferentemente dos atos vinculados – onde a Administração Pública está vinculada pela Lei de os praticar, independentemente da sua vontade –, nos atos discricionários podem ser concedidas algumas liberdades ao órgão competente, para decidir sobre como, quando, porquê e, até mesmo, se o ato deve ser praticado.

Esta liberdade discricionária não se confunde com a liberdade arbitrária, em que o titular do órgão tem o poder de decidir o que bem entender sem quaisquer parâmetros previamente fixados pela Lei, não resultando, da sua decisão, quaisquer consequências negativas para si. Se assim fosse, seria impossível enquadrar quaisquer utilizações destes poderes como corrupção passiva, visto que o titular do cargo era beneficiado por uma liberdade total de atuação.

Como Freitas do Amaral sublinha, “só há poderes discricionários aí onde a Lei os confere como tais. E neles há sempre pelo menos dois elementos vinculados por Lei – a competência e o fim.”¹¹¹

Este último, será, como veremos, de importância capital para a discussão.

Sendo a Lei a conferir ao titular do cargo o poder discricionário, é também a Lei que dita quais os critérios que devem ser utilizados na ponderação da decisão.

Assim, a decisão do órgão está vinculada por conjunto de princípios administrativos, alguns deles mesmo com assento constitucional, tais como os: da legalidade, da prossecução do interesse público, da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, da boa administração, da igualdade, da imparcialidade, da justiça e da razoabilidade, da imparcialidade, da boa-fé, da colaboração com os particulares, da responsabilidade, da proteção dados pessoais administração aberta, etc.

¹¹¹ AMARAL, Diogo Freitas do - **Curso de Direito Administrativo**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2011, Vol II, p. 63.

Além desses princípios, o Direito Administrativo impõe, também, àqueles órgão, critérios e deveres para a prática do ato em concreto, em legislação específica (previstos, em regra, na Lei que atribui o poder discricionário), os quais devem ser cumpridos para que a decisão possa ser válida no nosso ordenamento jurídico.

Acresce que o ato deve, ainda, ser devidamente fundamentado.

Com efeito, nos termos do art.º 153.º do CPA, essa fundamentação deverá ser “expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, que constituem, neste caso, parte integrante do respetivo ato”. Devendo, ainda, obedecer aos requisitos de forma legalmente impostos, embora, por vezes, a forma do ato possa, também, fazer parte do âmbito do poder discricionário.

Por último – e antes de entrar na discussão sobre se, e, em caso afirmativo, como estes atos podem ser condutas subsumíveis ao crime de corrupção passiva própria ou imprópria –, importa recordar que a fiscalidade jurisdicional exercida pelos tribunais administrativos subsume-se a uma fiscalidade da legalidade e não do mérito da decisão, devido ao princípio da separação de poderes, vigente em todos os Estados de Direito democráticos.

Enquanto a fiscalização da legalidade remete para a questão de se o ato foi efetuado em plena conformidade com a Lei, a fiscalização do mérito passa pela oportunidade e conveniência do ato praticado.

Para um ato administrativo estar plenamente conforme com a Lei é necessário que este cumpra mais do que todos requisitos formais para a sua prática. Também se revelam essenciais, para a validade do acto, critérios de natureza material – i.e. que este não viole normas vigentes do ordenamento jurídico ou direitos de particulares – e que o exercício dos poderes discricionários prossiga os fins específicos atribuídos ou, na ausência destes, o fim da prossecução do interesse público.

Caso a decisão cumpra todos esses parâmetros, os tribunais não poderão alterar o ato praticado ou, de alguma forma, substituir o órgão administrativo

competente para decidir sobre aquela matéria, cabendo, apenas, ao órgão hierarquicamente superior o poder de fiscalização do mérito da decisão.

A fiscalização da legalidade desempenhada pelos tribunais administrativos passa, assim, em primeira linha, pela defesa dos direitos de particulares afetados pela atuação da Administração Pública, em cumprimento do princípio da tutela jurisdicional efetiva dos direitos dos particulares, consagrado no art.º 268.º, n.º 4 da CRP.

Ora, se os particulares podem vir a ser prejudicados pelo incumprimento de formalidades essenciais de um procedimento administrativo, também o poderão ser pela vertente material do ato, quer estas violações ocorram quer durante a fase procedimental, quer na fase final de decisão e na prática do acto administrativo.

Em suma, e a título exemplificativo, podemos concluir que, embora o titular do órgão competente possa deter o poder discricionário de escolher quem é o vencedor dum concurso público, não poderá violar os direitos legalmente protegidos dos outros concorrentes, v.g. contrariando o princípio de igualdade ou imparcialidade, na fase de selecção, prejudicando, propositadamente, alguns deles, durante a avaliação das várias candidaturas ou, simplesmente, violando a legislação aplicada a esse concurso.

Nestas situações, os tribunais devem defender os direitos dos particulares, anulando o concurso público e ordenando a sua repetição de forma legal, ou, caso isso não seja possível, reconhecer o direito dos lesados a uma indemnização resultante da prática do ato inválido.

Contudo, os tribunais nunca poderão escolher o vencedor do concurso, visto que tal decisão já passaria por uma avaliação de mérito da decisão. O verdadeiro poder do tribunal passa por manter quem tem o poder de decidir o mérito do caso dentro da legalidade, em todos os aspectos já referidos.

A finalidade do acto apresenta-se como um requisito essencial para a sua validade, porquanto, embora aquele possa cumprir todos os requisitos formais e não viole directamente a Lei, será, ainda assim, considerado inválido, se os motivos que levaram à sua prática ou a forma como foi praticado, não foram os

definidos pela Lei, mas sim por outros, estranhos aos que devem reger a actividade administrativa.

Feita esta curta abordagem administrativa dos poderes discricionários, passemos ao que nos interessa, ou seja, como enquadrar o exercício destes poderes na corrupção passiva.

“Muitos dos poderes conferidos aos funcionários, com a extensão que este conceito assume em direito penal, têm natureza discricionária, sendo o seu exercício dificilmente sindicável.”¹¹²

Diferentemente dos poderes de facto, os poderes discricionários são parte do leque das competências que a Lei confere ao funcionário, não subsistindo dúvidas quanto à questão de se estaremos, ou não, perante o exercício do cargo.

Assim, nos atos discricionários podemos defrontar-nos com duas situações: a primeira, quando o funcionário é subornado para a prática de um ato, que vai para além dos seus poderes discricionários; a segunda, quando o funcionário é subornado para a prática de um ato completamente dentro da discricionariedade que lhe foi conferida.

Quanto à primeira, não surgem grandes dificuldades, nestas situações o ato violou diretamente a Lei ao existir uma exorbitação dos poderes conferidos ao funcionário, e, como já foi feita menção, estando o ato discricionário subordinado à Lei, facilmente concluímos estar perante um caso de corrupção passiva própria.¹¹³

Quanto à segunda, já será necessário recorrer ao fim legal do ato para justificarmos à sua invalidade.

Como Marcelo Caetano explica, “também o fim visado pelo órgão da Administração através da produção num caso concreto pode ser um requisito de validade para o ato administrativo (...) O fim do ato é pois, a vinculação característica da discricionariedade (...) não há discricionariedade administrativa pelo que respeita ao fim a prosseguir mediante o exercício de um poder.”¹¹⁴

¹¹² ALMEIDA, Carlos - Ob. Cit., 2010, p. 54.

¹¹³ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 667.

¹¹⁴ CAETANO, Marcelo - **Manual de Direito Administrativo**. 9.^a ed. Coimbra: Almedina, 1980, Tomo II, p. 483 a 506.

Resumidamente, quando um ato é praticado para um fim diverso daquele que a Lei conferiu, estaremos perante um vício do ato administrativo, mais concretamente, perante um desvio de poder.¹¹⁵

Esta invalidade existe, tanto nas situações em que o corrupto utiliza os seus poderes discricionários dentro dos parâmetros legais (v.g. escolhendo uma empresa para adjudicação diferente da que escolheria se não tivesse recebido o suborno), bem quando o corrupto vai para além da discricionariedade que a Lei lhe atribui e extravasa o seu âmbito de competências.¹¹⁶

Assim, sendo o ato substancialmente inválido e enquadrado nas competências do cargo, deparamo-nos com um caso de corrupção própria, visto que o funcionário foi subornado para o exercício do cargo, praticando um ato contrário aos seus deveres.

A situação será, porém, considerada corrupção imprópria, caso o suborno não tenha influenciado, de qualquer forma, a decisão do funcionário. Isso acontecerá, por exemplo, quando a empresa corruptora fosse a que o funcionário escolheria, por ser o melhor negócio para o Estado, mesmo que não tivesse sido subornado.¹¹⁷

Neste caso, embora o funcionário tenha aceite o suborno, tomou a decisão correta para o interesse público, não violando, por isso, os deveres inerentes ao cargo. Porém, como já foi sublinhado, existe a prática do crime de corrupção passiva, sempre que ocorra o “mercadejar do cargo”, i.e. quando o funcionário aceite uma vantagem pela prática de um ato, independentemente deste violar os deveres do cargo.

Mais uma vez, é abandonada a conceção estritamente formalista do exercício e dos deveres do cargo em prol de uma materialista, a qual assegura uma maior proteção para o bem jurídico protegido pela corrupção passiva.

Em conclusão, tanto na vertente administrativa – que passa por um controlo da legalidade da actividade administrativa – como na vertente penalista – que incide na protecção de bens jurídicos penais – a figura do desvio de poder revela-se como um instrumento essencial, quer para a qualificação do acto

¹¹⁵ Cf. CAETANO, Marcelo - Ob. Cit., 1980, Tomo II, p. 506.

¹¹⁶ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 667.

¹¹⁷ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 668.

jurídico como inválido quer para a punição daquele que foi subornado para o praticar.

A Jurisprudência tem acolhido, unanimemente, a posição ora referida, incluindo os atos discricionários no crime corrupção passiva, o que, aliás, resulta dos Acórdãos citados neste estudo.

3.8. Agravações, dispensas e atenuações no crime de corrupção

Após termos reflectido sobre os atos do funcionário enquadrados no crime de corrupção, importa, também, mencionar que as penas aplicáveis a estes tipos legais poderão ser agravadas, independentemente da corrupção ser própria ou imprópria.

O art.º 374.º-A do CP prevê a agravação dos limites mínimo e máximo da pena aplicável a estes tipos legais, sendo esses limites agravados em um quarto, caso a vantagem referida nos artigos seja de valor elevado (n.º 1). Já se o valor for consideravelmente elevado, os limites serão agravados em um terço (n.º 2).

Por força do n.º 3 do mesmo artigo, são aplicadas as definições legais dispostas no art.º 202.º, alíneas a) e b) do CP, aos conceitos de valor elevado e valor consideravelmente elevado, correspondendo, o primeiro, aquele que exceder 50 unidades de conta avaliadas no momento da prática do facto; e, o segundo, aquele que exceder 200 unidades de conta avaliadas no momento da prática do facto.

O n.º 4 do artigo 374.º-A estipula que, sem prejuízo do disposto no art.º 11.º, quando o agente actue nos termos do art.º 12.º é punido com a pena aplicável ao crime respectivo, agravada em um terço nos seus limites mínimo e máximo.

Para além das agravações, existem também situações especiais de dispensa e atenuação dos crimes de corrupção passiva e ativa que vão além das aplicáveis à generalidade dos crimes, previstas nos arts. 70.º a 74.º do CP.

Assim, por força do art.º 374.º-B, n.º 1, o agente pode ser dispensado da pena sempre que: a) Tiver denunciado o crime no prazo máximo de 30 dias após

a prática do ato e sempre antes da instauração de procedimento criminal, desde que voluntariamente restitua a vantagem ou, tratando-se de coisa ou animal fungíveis, o seu valor; b) Antes da prática do facto, voluntariamente repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitara, ou restituir a vantagem, ou, tratando-se de coisa ou animal fungíveis; c) Antes da prática do facto, retirar a promessa ou recusar o oferecimento da vantagem ou solicitar a sua restituição.

Tais disposições podem ser enquadradas como situações de “arrependimento ativo”¹¹⁸, em que o agente tenta rectificar o mal feito pela prática do crime, tendo, por isso, a hipótese de poder ver dispensada a pena que lhe seria aplicada.

Também, por força do n.º 2 do mesmo artigo, a pena aplicável ao agente será especialmente atenuada sempre que: a) Até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis; ou, b) Tiver praticado o acto a solicitação do funcionário, directamente ou por interposta pessoa.

Devido às já mencionadas dificuldades de investigação e de aquisição de prova pelas autoridades que perseguem crimes desta natureza, percebe-se a existência da possibilidade de atenuação da pena prevista na alínea a).

Todas as alíneas atrás referidas, são disposições alternativas e não cumulativas, bastando ao agente cumprir, tão-só, uma delas para que seja aplicada a agravação, a dispensa ou a atenuação. Importa também referir que, enquanto a agravação e a atenuação da pena são de carácter obrigatório, a dispensa da pena tem carácter facultativo, cabendo ao tribunal decidir se a aplica ou não.

O ordenamento jurídico contempla ainda crimes agravados de corrupção para cargos políticos e altos cargos públicos na Lei n.º 34/87, de 16.7, existindo um concurso aparente ou de normas entre o crime do CP e os que constem nesta Lei.

No que toca ao crime de corrupção passiva, não será aplicado o art.º 373.º aos titulares destes cargos, mas sim o arts. 17.º e 18.º da Lei nº 34/87, punindo-os, caso o ato seja contrário aos deveres do cargo, com pena de prisão

¹¹⁸ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 672. Ao considerar que a dispensa da pena se o agente repudiasse o oferecimento da vantagem ou a promessa que aceitara do, então, art.º 372.º, n.º 3, se tratava de “uma hipótese atípica de arrependimento activo.”

de 2 a 8 anos (n.º 1), e, caso não seja contrário ao cargo, com pena de prisão de 2 a 5 anos (n.º 2).

Para além desta pena, é ainda consagrada a pena acessória de perda de mandato ou demissão, após a condenação efectiva do titular do cargo nos arts. 28.º a 31.º da referida Lei

Importa, como último ponto, referir também as penas acessórias consagradas nos arts. 66.º a 68.º do CP, que dizem respeito à proibição e suspensão do exercício de função.

De facto, segundo o art.º 66º, n.º 1, o titular de cargo público, funcionário público ou agente da Administração, que, no exercício da actividade para que foi eleito ou nomeado, cometer crime punido com pena de prisão superior a 3 anos, é também proibido do exercício daquelas funções por um período de 2 a 5 anos quando o facto: a) For praticado com flagrante e grave abuso da função ou com manifesta e grave violação dos deveres que lhe são inerentes; b) Revelar indignidade no exercício do cargo; ou c) Implicar a perda da confiança necessária ao exercício da função.

Note-se que o n.º 4 do artigo é taxativo ao enunciar que o disposto nos n.ºs 1 e 2 cessa quando, pelo mesmo facto, tiver lugar a aplicação de medida de segurança de interdição de actividade, nos termos do art.º 100.º, que diz respeito à pena acessória de interdição de actividades.

Também é necessário ter em conta a ressalva consagrada no art.º 68.º, n.º 2, não implicando esta proibição de exercício a impossibilidade do funcionário ser nomeado para cargo ou para função que possam ser exercidos sem as condições de dignidade e confiança que o cargo ou a função de cujo exercício foi proibido exigem ou homologação da autoridade pública.

Já quanto à suspensão, encontra-se prevista no art.º 67.º, n.º 1, incorrendo o funcionário condenado na suspensão da função enquanto durar o cumprimento da pena.

Finalmente, o art.º 68.º, n.º 1, prevê que a proibição e a suspensão do exercício de função pública determinam a perda dos direitos e regalias atribuídos ao titular, funcionário ou agente, pelo tempo correspondente.

3.9. Os atos praticados pelo funcionário

Como resulta do próprio tipo legal, o crime de corrupção poderá ser praticado pelo do funcionário no exercício do cargo, quer por ação quer por omissão.

Quanto à omissão, há que ter em conta que, “nem toda a inação do funcionário é ilícita, mas só aquela que tem consequências jurídicas. Esse é o caso quando o resultado da ação devida teria levado a uma modificação da situação jurídica.”¹¹⁹

Quer isto dizer que, só podemos classificar uma omissão do funcionário como ilícita quando a inação se deveu ao recebimento de um suborno e não por motivos inerentes à situação do caso concreto.

Assim, caso o funcionário não fosse agir de qualquer forma, por um qualquer motivo não relacionado com suborno, o ato do funcionário não é de natureza ilícita visto não ser contrário ao cargo.

Note-se, porém que, como já foi referido, não é pelo ato do funcionário ser lícito que estamos perante uma situação de corrupção passiva. A corrupção existe com o recebimento ou pedido da vantagem em troca de um ato, não estando relacionada apenas com os deveres do cargo.

Contudo, não basta que o ato possa ser incluído nas competências do funcionário. É também essencial que esse ato esteja relacionado com a peita ou suborno que foi solicitado/oferecido, para podermos estar perante um crime de corrupção passiva, sendo este também um tema que temos forçosamente de apreciar.

Em suma, de nada serve qualificar os atos do funcionário como incluídos no exercício do cargo, se não pudermos estabelecer uma ligação entre estes e o suborno, sendo que esta ligação irá variar consoante a posição jurídica adoptada por quem se debruça sobre um caso concreto.

¹¹⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto - Ob. Cit., 2015, p. 1186.

3.10. O suborno e a natureza do “negócio ilícito”

“É do conhecimento comum que um funcionário público é corrupto se aceitar dinheiro ou coisas avaliáveis em dinheiro para fazer algo que teria o dever de fazer de qualquer forma, que teria o dever de não fazer, ou de exercer uma discricionariedade legítima por razões impróprias.”¹²⁰

O suborno é antes de mais, uma vantagem, podendo ser definida como “qualquer prestação que não é devida a um funcionário e que melhora a respetiva situação económica, jurídica ou simplesmente pessoal.”¹²¹

A vantagem será sempre indevida, indiferentemente da contrariedade ou não do ato para com os deveres do cargo, visto que não corresponde a uma prestação devida ao funcionário nos termos da Lei.¹²²

Embora, anteriormente à revisão de 1995 do CP, o suborno apenas revestisse uma configuração de natureza patrimonial (envolvendo dinheiro, bens, ações de uma empresa ou qualquer outra forma exequível de efetuar a transferência de um valor pecuniário determinável para a posse do funcionário), esse conceito foi alargado, passando a abranger as vantagens não patrimoniais.

Quer isto dizer que um suborno não se limita “à entrega de valores monetários ou bens patrimoniais, podendo passar por quaisquer ganhos pessoais ou privados (incluindo familiares do corrupto) , não tendo essa vantagem que passar necessariamente por uma correspondência a um valor monetário.”¹²³

Assim, ao invés de uma entrega de dinheiro ou transferência bancária, uma vantagem indevida poderá constituir um emprego numa empresa, uma viagem, bens de valor pecuniário, facilitações negociais, o acesso a um determinado serviço, etc.

Definida a vantagem indevida, passemos à definição de acordo ilícito.

O suborno é, para além de uma vantagem, uma vantagem inserida numa negociação entre o corrupto e o corruptor, por vezes de difícil prova.

¹²⁰ HEIDENHEIMER, Arnold J - **Political Corruption: Readings in Comparative Analysis**. New Brunswick: Transaction Books, 1978, p. 341.

¹²¹ MENDES, Paulo de Sousa - Os Novos Crimes de Recebimento e de Oferta Indevidos de Vantagem, *in*: **As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código do Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 36.

¹²² Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 668.

¹²³ UNDERKUFFLER, Laura S. - Ob. Cit., 2013, p. 16.

Nas palavras de Lafayette e Sá Pereira, “o funcionário corrupto serve-se da sua competência e do alcance que a mesma lhe proporciona, no exercício da atividade respetiva, para ‘negociar’ com outrem (o corruptor). Dá-se assim, uma ‘transação’, entre os dois, na qual o corrupto realiza ou oferece prestação de ação ou omissão contrários aos deveres ao cargo [no caso da corrupção própria], contra prestação, efetiva ou eventual, de vantagem patrimonial ou não patrimonial a cargo do corruptor.”¹²⁴

Assim, “por mais ténue que seja a conexão que se prevê existir entre a solicitação ou aceitação e o acto funcional, este tem de se encontrar mínimamente determinado ou ser, pelo menos, determinável.”¹²⁵

O suborno pode, pois, ser entendido como uma “prestação” pelo ato que o corrupto irá praticar ou já praticou, um pagamento feito pelo corruptor para que o corrupto cumpra o ‘serviço’ para que foi ‘contratado’.

Isto leva a Doutrina a defender a necessidade da existência de um critério de reciprocidade entre o suborno e o ato, não existindo corrupção passiva, caso a vantagem não se destine a nenhum exercício concretizável do cargo.¹²⁶

Esta relação de reciprocidade pode ter uma natureza expressa ou tácita, podendo ser consumada pela entrega da vantagem, pelo pedido dissimulado pelo funcionário, e, ainda, pela adoção de “comportamentos concludentes”¹²⁷, que impliquem a compreensão de o que está a ocorrer é um mercadejar com o cargo tendo como foco um ato do ofício.¹²⁸

É fundamental também assinalar que não se devem entender como subornos ofertas consideradas irrelevantes para a prática do ato ou, até, consentidos pelos hábitos e praxes sociais gerais ou do sector de actividade.¹²⁹

São os casos dos gestos de cortesia: a oferta de um café ou de um refresco por um cidadão a um polícia, enviado a sua casa para tomar nota do seu

¹²⁴ LAFAYETTE, Alexandre; SÁ PEREIRA, Victor - Ob. Cit., 2014, p. 907.

¹²⁵ ALMEIDA, Carlos - Ob. Cit., 2010, p.53.

¹²⁶ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 1984, p. 123; MENDES, Paulo de Sousa - Ob. Cit., 2011, p. 38

¹²⁷ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 669.

¹²⁸ Cf. MENDES, Paulo de Sousa - Ob. Cit., 2011, p. 37. Distinguindo-se do crime recebimento indevido de vantagem em que só necessário estabelecer a ligação da vantagem com um exercício geral do cargo, ao invés de com um acto concreto.

¹²⁹ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 669 e 670.

depoimento; ou a autorização, por parte do proprietário, aos bombeiros, para retirarem algum alimento das suas árvores de fruto, enquanto combatem o fogo perto da sua residência.

Nestas situações, embora a prestação não seja devida, é latente a insignificância do seu valor, para que se possa, sequer, equacionar a hipótese de o funcionário poder ser corrompido pelo suborno.

Para além da existência de reciprocidade, também o valor do suborno deve ser equacionado, para podermos concluir se a situação está enquadrada num crime de corrupção. Esta questão gera alguma discussão doutrinária, consistente sobre qual o melhor critério para qualificar o suborno.

Parte da Doutrina acolhe como critério a proporcionalidade, sendo necessária a existência de uma proporcionalidade entre valor do suborno e do ato que o funcionário irá realizar, a fim de que o acto seja relevante para a concretização de um crime de corrupção.¹³⁰

Seguindo esta teoria, se, tendo em conta os factos, o suborno for considerado proporcionalmente de menor valor, quando em comparação com o ato realizado pelo funcionário, não existirá um crime de corrupção.

Uma outra parte, defende que deve existir, ao invés do critério de proporcionalidade, um critério de causalidade adequada, sendo esta reportada à situação concreta do funcionário.

Assim, quando no caso concreto não existir uma estrita proporcionalidade entre o suborno e o ato, mas, tendo em conta eventuais circunstâncias concretas da vida do funcionário (v.g. precisar de dinheiro para despesas médicas, situações de falência), se entendesse que o suborno foi suficiente para corromper o funcionário, estaríamos perante um crime de corrupção.

Este critério da causalidade adequada seria, assim, semelhante ao acolhido pela Doutrina na imputação objetiva de um crime, traduzindo-se num “juízo *ex ante* e não *ex posto*, mais rigorosamente, segundo um juízo prognose póstuma. Tal significa que o juiz se deve deslocar mentalmente para o passado, para o momento em que foi praticada a conduta e ponderar, enquanto observador

¹³⁰ Sobre as várias teses aqui mencionadas, ver: COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 669.

objetivo, se, dadas as regras gerais da experiência e o normal acontecer dos factos (o *id quod plerumque accidit*), a acção praticada teria como consequência a produção do resultado. Se entender que a produção do resultado era imprevisível ou que, sendo previsível, era improvável ou de verificação rara, a imputação não deverá ter lugar.”¹³¹

Resumidamente, se era perceptível para um homem médio, que as condições em que se encontrava o funcionário, torna o suborno como suscetível de o corromper, cria-se a relação de reciprocidade entre ato e vantagem.

Porém, esta tese, também não é livre de críticas.

Como Almeida Costa aponta, a tese foi construída antes da autonomização dos crimes de corrupção ativa e passiva, sendo, à época, necessário o conceito de causalidade adequada, para a imputação objectiva, em casos de corrupção ativa, que não era mais que um crime de instigação ou de autoria mediata do crime de corrupção passiva.¹³²

Tendo em conta os bens jurídicos protegidos atualmente e a autonomização dos dois crimes acima mencionados “a circunstância de a gratificação recebida pelo empregado público não atingir aquele montante (suscetível de cumprir o critério da causalidade adequada) não impede que a sua aceitação ofenda a assinalada autonomia intencional do Estado, e portanto, integre a corrupção passiva. Numa palavra, o que aqui importa é a específica ‘relação’ da conduta do funcionário com o aludido bem jurídico, enquanto critério da causalidade interessará, quanto muito, àquela outra ‘relação’ (prévia) que medeia entre o corruptor e o empregado público corrupto.”

Para além disso, também a corrupção subsequente estaria afetada com a adopção do critério da causalidade adequada, visto que a entrega ou promessa do suborno é feita depois do ato. Não faria, assim, sentido entendê-lo como “incentivo” para a prática do ato, pois o autor desconhecia a intenção do corruptor.¹³³

Igualmente, seguindo o mesmo raciocínio, também nos casos em que a iniciativa parte do funcionário, não faz sentido aplicar este critério, visto que a

¹³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal: Parte Geral. Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime**. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, Vol. I, p. 328 e 329.

¹³² Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 670.

¹³³ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 670.

quantia fixada para o suborno parte do corrupto, sendo o montante pedido suficiente para se corromper.¹³⁴

Em conclusão, estamos perante um crime de corrupção, sempre que a vantagem recebida não se considerar irrelevante nem se integrar na chamada esfera da adequação social.

Posição que parece coincidir com a do legislador ao deixar cair a expressão “contrapartida”, pois, como aponta Cláudia Santos, “o entendimento de que estamos apenas perante um ‘pseudo-sinalagma’ com várias consequências decorrentes e já referidas supra (v.g. respeitantes à desnecessidade da prática do acto para a consumação do crime, à desnecessidade de um juízo de proporcionalidade entre o valor do suborno e o valor da importância do acto, à desnecessidade da prova de um acordo expresse para a adopção de uma conduta já perfeitamente determinada de forma precisam em todos os seus aspectos), encontrou um forte suporte na alteração da lei (na revisão legislativa de 2001).”¹³⁵

Em suma, segundo esta posição, o “acordo ilícito” tem necessariamente de envolver uma “relação de reciprocidade” entre a prática de um acto de ofício concreto – ainda que o mesmo não seja totalmente concretizável no momento da negociação – e uma vantagem indevida, independentemente da sua proporcionalidade, que não seja irrelevante ou socialmente adequada.

Este “acordo” poderá ser expresse ou tácito, não sendo necessário descobrir o momento exacto em que a “negociação ilícita” ocorreu, nem obter uma prova directa do mesmo. A demonstração de “comportamentos concludentes” que impliquem a existência desse “acordo” e a identificação da vantagem e do ato concreto em causa devem ser suficientes para provar a constituição da “negociação”.

¹³⁴ Cf. COSTA, António Manuel T. de Almeida - Ob. Cit., 2001, p. 669 e 670.

¹³⁵ SANTOS, Cláudia Cruz - Ob. Cit., 2009 p. 130. Destaque-se, também, o comentário da autora nas p. 115 e ss. a respeito das decisões de vários tribunais sobre os elementos (e respectiva prova) que o “acordo ilícito” deve revestir. Posições que, em alguns casos, na opinião da autora, fizeram a prova do mesmo dependerem de critérios demasiado rigorosos e formalistas, que dificultam desnecessariamente a prova do crime e, consequentemente, a condenação do autor.

4. Exemplos da utilidade do regime de conflito de interesses na prevenção e investigação criminal da prática de corrupção passiva

Como já referimos, são inúmeras as formas pelas quais um conflito de interesses pode resultar num crime de corrupção passiva. Tal facto implica que o regime de conflito de interesses abranja um imenso leque de situações, nas quais pode demonstrar a sua utilidade na prevenção e investigação criminal do crime de corrupção passiva.

Assim, elencados os mecanismos de um regime de conflito de interesses e identificadas as condutas que integram o crime de corrupção passiva, analisemos a utilidade prática deste regime, baseando-nos nalguns casos meramente exemplificativos.

4.1. Quando o suborno se traduz na oferta de um emprego

Como já foi referido, a vantagem indevida, como “contraprestação” pela prática de um ato, pode não corresponder a uma transferência bancária ou ao recebimento de um envelope com uma quantia pecuniária. Antes pelo contrário, tanto o suborno pode ser dissimulado de forma a dificultar a descoberta e a prova do crime como a própria vantagem pode não revestir natureza patrimonial.

É também inevitável que a remuneração auferida pelo titular do cargo seja, muitas vezes, manifestamente inferior às auferidas nos cargos das empresas que se relacionam, voluntária ou involuntariamente, com o funcionário no exercício das suas funções.

Assim, a solicitação/oferta de um posto de trabalho como “contraprestação” pela prática de um acto, pode ser qualificada como a vantagem ilícita que, em caso de aceitação pela “contraparte”, forma o “acordo ilícito” entre corrupto e corruptor. Esta é, como fizemos referência, a génese do fenómeno da “porta giratória.”

Imaginemos o caso de um magistrado ou de um auditor que aceita um emprego pelo arquivamento de um processo instaurado contra uma empresa, ou pela divulgação de informações confidenciais obtidas inerentes ao cargo que exerce.

É certo que, se os órgãos de investigação criminal tiverem indícios ou suspeitas da prática do crime, poderá vir a ser estabelecida a relação entre vantagem indevida e acto praticado. Porém, como bem sabemos, as cifras negras relativamente a crimes desta natureza não são baixas nem a recolha de prova suficiente para a condenação dos seus autores é fácil.

Como poderá o regime de conflito de interesses ser útil?

Como é óbvio, um regime de conflito de interesses eficaz não resolverá magicamente todos estes casos. No entanto, poderá constituir um auxílio na prevenção e na investigação criminal da corrupção.

Em primeiro lugar, o regime de conflito de interesses poderá vedar, ainda que temporariamente, o ex-titular do cargo de aceitar, independentemente de remuneração, qualquer tipo de emprego proveniente de empresas que pertençam ao sector económico em que o cargo se insere, quando tenha intervido, no exercício das suas funções, em decisões relativamente às pretensões ou interesses das mesmas.¹³⁶

Acessoriamente, o regime poderá igualmente proibir o ex-titular de manter qualquer contacto, em favor de uma empresa, com a instituição em que exerceu funções. Poderá, também, ser proibido de revelar ou utilizar informações não públicas obtidas durante o exercício do cargo. Estas proibições, ao contrário das primeiras, poderão ser consideradas crimes autónomos, com a possibilidade da aplicação de pena de prisão, independentemente da existência de corrupção passiva.¹³⁷

Tais proibições deverão também ser previstas, nas situações em que o funcionário, voluntária ou involuntariamente, suspenda o exercício do cargo, especialmente caso existam indícios de uma especial ligação com um particular com quem o funcionário tenha tido contacto no exercício do cargo (v.g. coincidências, justificações vagas ou *timings* que possam levantar suspeitas relativa-

¹³⁶ Veja-se o exemplo do Canadá, que – ao aprovar o *Conflict of Interest Act*, especificamente da secção 3, *Post-employment* – obriga o funcionário a obter uma autorização especial para trabalhar nessas empresas, enquanto o prazo do impedimento vigorar. Esta autorização deve, ainda, ser publicada no registo público de conflito de interesses.

¹³⁷ Também vemos exemplos destas medidas nos EUA, tanto no *Criminal Code* (secções § 206 - *Exemption of retired officers of the uniformed services* e § 207 - *Restrictions on former officers, employees, and elected officials of the executive and legislative branches*), como na *Executive Order 13770*, no que concerne à atividade lobista.

mente à actuação do funcionário ou, caso a suspensão seja requerida pelo próprio, sobre os reais motivos que levam ao pedido da suspensão).

Parece-nos que a existência de uma autoridade com competências específicas de fiscalização dos empregos de titulares e ex-titulares de cargos públicos poderia dar um contributo à erradicação da corrupção. Isto porque os infractores sabiam, à partida, que o “acordo ilícito” seria provavelmente descoberto.

Ainda que as sanções aplicadas por esta autoridade não passassem de um corte no subsídio que o ex-titular auferia, como compensação pelo cumprimento do impedimento, ou de uma sanção pecuniária administrativa, o que interessa é que havia o conhecimento da existência de uma situação de risco de corrupção.

Tal conhecimento, devido aos deveres de denúncia e de colaboração a que estas autoridades administrativas estão vinculadas, seria remetido às autoridades competentes de investigação criminal, que poderiam abrir um inquérito, caso a suspeita da prática de corrupção fosse fundamentada, sobre a conduta do funcionário, aquando do exercício de funções.

No final, poderia até não existir corrupção. Porém, a situação de risco teria sido identificada e adequadamente fiscalizada.

Seriam, tão só, estas as funções daquela autoridade: identificar e resolver conflitos de interesses, aplicar sanções administrativas ou disciplinares no âmbito da sua competência e informar as autoridades competentes acerca da possível prática de corrupção, colaborando no que lhe fosse solicitado.

A mera existência de um registo público que identifique os actos praticados pelo funcionário e os seus visados/interessados, acompanhado de uma declaração obrigatória, na fase inicial do processo, acerca da existência de conflito de interesses, é já, por si só, um desincentivo para a prática de crimes de corrupção pelas mesmas razões.¹³⁸

¹³⁸ Importa sublinhar que estas declarações já são utilizadas em Portugal, forçando alguns funcionários a assinar uma declaração de inexistência de impedimentos ou conflitos de interesses. Alguns exemplos destas declarações podem ser consultados no Plano de Gestão de Riscos de Corrupção e Infrações Conexas da *IGSP*, de 2013, disponível no site: <http://www.igsj.mj.pt/sections/controlo-interno> ou nas Normas para evitar Conflitos de Interesses no Processo de Avaliação de 2008, disponível no site: http://www.instituto-camoes.pt/images/transparencia/Normas_Conflito_Interesses.pdf.

Esta declaração não poderá, porém, ser meramente cerimonial, devendo existir uma credível fiscalização da conduta do funcionário, durante e após o exercício de funções, de forma a tornar patente a facilidade da obtenção de provas sobre ligações anteriores entre o ex-titular do cargo e a empresa contratante.

A fiscalização pode ser conduzida, internamente, tanto pelo superior hierárquico do funcionário (que já assumiria poderes de supervisão da actuação do subalterno) como pela própria Inspeção-Geral ou outro órgão de inspeção ou fiscalização com competências no organismo em que o cargo público se insere.

Estes órgãos de supervisão e de fiscalização interna são, aliás, essenciais para a identificação de conflitos de interesses, devido ao controlo contínuo que exercem sobre a actuação da Administração Pública, à inerente proximidade e aos seus conhecimentos específicos, por integrarem a mesma pessoa colectiva pública ou Ministério.

Isto não significa, porém, que não possam ser criadas autoridades administrativas independentes, com competências específicas de identificação e resolução de situações de risco de corrupção na Administração Pública, às quais são conferidos poderes de supervisão, de fiscalização e de *compliance* das medidas que considerem necessárias para a protecção da integridade da actuação da Administração pública.¹³⁹

A verificação da veracidade das declarações de interesses pode, muito bem, ser uma das funções desta autoridade. No mínimo, fiscalizando a forma pela qual os órgãos de controlo interno verificaram a veracidade das declarações.

Mais uma vez, os deveres de informar e de colaborar com as autoridades com competências para a investigação criminal e com os órgãos de fiscalização interna ou com outras autoridades com poderes de controlo externo são fundamentais para a criação de um regime ágil e funcional que possa informar e, após o inquérito ter sido instaurado, de colaborar com as autoridades de investigação criminal.¹⁴⁰

¹³⁹ Como é exemplo o recém-criado *Sistema Nacional Anticorrupción en México*; a extinta *Commissione Indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l'integrità delle Amministrazioni Pubbliche*, em Itália; e o *Office of Government Ethics*, nos EUA.

¹⁴⁰ Em Portugal, para além das Inspeções-Gerais e dos órgãos de investigação criminal, esta autoridade teria também de colaborar regularmente com o Conselho de Prevenção da Corrupção. Este Conselho tem competências que abrangem a colaboração na legislação, na regulamentação

Alternativamente ou como complemento destas autoridades administrativas, podem existir secções especiais em órgãos com competências de investigação criminal, que, para além de investigarem crimes de corrupção, assumem competências no domínio da fiscalização da conduta de titulares e ex-titulares públicos. Por exemplo, nos EUA, o FBI exerce funções de *background checks* e de verificação da veracidade das declarações de interesses do Vice-Presidente, dos Secretários de Estado e de outros cargos públicos.¹⁴¹

Assim, a existência destas entidades poderá variar dependendo da organização institucional de cada Estado.

Em suma, sendo certo que os infratores poderão encontrar outro tipo de vantagem indevida que funcione como suborno, a fiscalização administrativa destas normas e da veracidade das declarações de interesses tornará o recebimento deste tipo de vantagens dissimuladas (a oferta de um emprego) menos apelativa, visto que o encobrimento do crime é dificultado e a sua descoberta e subsequente prova facilitada.

4.2. Quando o suborno se traduz no pagamento dissimulado de viagens, refeições ou estadias

Para além de vantagens recebidas após a cessação do exercício de funções, o corrupto e o corruptor podem acordar em dissimular a vantagem indevida, como um presente ou dádiva, de carácter institucional ou socialmente aceite.¹⁴²

Diferentemente de um suborno recebido por um método obscuro e externo ao processo, nestes casos, o “negócio ilícito” utiliza o próprio processo ou um pretexto de conhecimento público para justificar a entrega da vantagem e reduzir as suspeitas da prática de um crime. A aparente “transparência” funciona, pois,

de instrumentos jurídicos e na aplicação de medidas administrativas para a prevenção e repressão da corrupção.

¹⁴¹ Também o *United States Department of Justice Office of Special Counsel*, nos EUA e o *Corrupt Practices Investigation Bureau*, em Singapura, podem ser apontados como exemplos de órgão de investigação criminais com especiais competências relacionadas com a corrupção e situações de conflitos de interesses.

¹⁴² Já Paulo de Sousa Mendes apontou este possível uso da cláusula do socialmente adequado como forma de dissimulação, em: MENDES, Paulo de Sousa - Ob. Cit., 2011, p. 40.

como a camuflagem dos verdadeiros intuitos dos infractores: uma justificação para a entrega da prestação.

Importa salientar que a prevenção e a punição do recebimento destas vantagens têm evidentes ligações com o crime tipificado no art.º 372.º do C.P., concretamente com a temática das vantagens com o intuito de “facilitar” ou permeabilizar as relações com o funcionário (*greasing*).

No entanto, e sem prejuízo dos instrumentos do regime de conflito de interesses servirem também para estes casos, a discussão que propomos deverá ter em conta a prática de um acto concreto e, conseqüentemente, o crime de corrupção passiva previsto no art.º 373.º.

Mais uma vez, deveremos formular a pergunta: Como poderá o regime de conflito de interesses auxiliar nestes casos?

De novo, a obrigatoriedade da prestação de uma declaração de conflitos de interesses irá, nos mesmos termos do caso anterior, pressionar o funcionário a não receber a vantagem, por receio que os órgãos fiscalizadores e de supervisão verifiquem a omissão dessa vantagem na declaração ou, caso declare, que os mesmos façam a sua ligação com a prática de um acto favorável ao corruptor.

Logo, as razões subjacentes a essas medidas devem ser transpostas, *mutatis mutandis*, para a pergunta ora formulada.

Assim, quais as outras formas pelas quais o regime poderá contribuir?

A forma mais simples passa pela aprovação de Códigos de Ética ou Conduta, que especifiquem as vantagens que o funcionário está obrigado a recusar, bem como as que deve¹⁴³ ou pode aceitar. De facto, se o funcionário está, à partida, impedido de receber a vantagem, não terá possibilidade de “camuflar” a prestação indevida.

¹⁴³ Por exemplo, o funcionário pode ter o dever de aceitar as vantagens, cuja recusa possa ser interpretada como uma falta de respeito diplomática ou institucional. Porém, estará obrigado a entregar essa mesma vantagem ao órgão competente, o qual a deverá fazer constar num registo de acesso público. Este modelo foi seguido pelo Código de Conduta do Governo, nos seus arts. 8.º e 9.º.

Isto significa que tanto o funcionário e os serviços envolvidos no procedimento como os particulares e os interessados no mesmo têm perfeito conhecimento que não são permitidas quaisquer “ofertas amigáveis” ou “convites institucionais” acima de um determinado valor. Estarão excluídos desta proibição os convites e benefícios inerentes, ainda que acima desse montante, oferecidos na qualidade de representação oficial em eventos cuja presença seja do interesse público e não aparentem colocar em causa a imparcialidade do funcionário (i.e. conferências, cimeiras, feiras, cerimónias, etc.).

Refira-se que, mesmo que a aceitação da oferta seja permitida pelo Código, esta deverá, mesmo assim, ser incluída no registo de conflitos de interesses de forma a: assegurar uma fiscalização das ofertas abaixo do valor permitido que, se sumadas, possam exceder o valor; existir um registo de ofertas que, no futuro, poderão originar um conflito de interesses, mesmo que para tal seja necessário que o funcionário venha a exercer outra posição¹⁴⁴; e promover uma maior transparência e controlo de vantagens não legalmente devidas recebidas pelo funcionário.

Note-se, porém, que a ligação com o exercício do cargo¹⁴⁵ é essencial para que à oferta seja aplicado o regime de conflito de interesses. Ofertas recebidas a título pessoal provenientes de pessoas sem interesses nas áreas de intervenção do funcionário não devem, em regra, ser enquadradas nestes Códigos de conduta ou registos de conflitos de interesses (v.g. prendas de anos ou Natal oferecidas por família, amigos, conhecidos).

Quanto às sanções administrativas aplicáveis, elas devem passar pelo afastamento do funcionário do processo em causa e pela aplicação de sanções disciplinares – na pior das hipóteses, a demissão do cargo –, podendo, ainda, serem acompanhadas de sanções administrativa pecuniárias.

¹⁴⁴ Imagine-se o caso de um Ministro ou de um Secretário de Estado, que, a meio do seu mandato ou noutra legislatura, assume funções noutro Ministério ou como Primeiro-Ministro.

¹⁴⁵ É discutido, no caso do crime de recebimento indevido de vantagem, pelo uso das expressões “em razão das suas funções” ou “devido ao exercício do cargo”, se o dever de isenção pode ser entendido como englobando quaisquer vantagens indevidas provenientes do facto do funcionário exercer uma determinada função ou, apenas, vantagens provenientes de pessoas com interesses ligados à área de competência do cargo. No caso da corrupção passiva, sendo necessário um acto concreto, essa ligação está implícita. Sobre esta discussão, ver: MENDES, Paulo de Sousa - Ob. Cit., 2011, p. 30 e ss.

Uma vez mais, estando em causa crimes de corrupção passiva, tendo a vertente preventiva falhado, a tarefa essencial do regime passa por descobrir indícios da prática do crime, comunicando a suspeita aos órgãos de investigação criminal e fornecendo toda informação acumulada bem como o auxílio solicitado.

Em conclusão, a consagração de regras expressas nestas matérias irá reforçar o sistema anti-corrupção, na medida em que a utilização de ofertas desta natureza, como forma de oferecer uma vantagem indevida, será bastante dificultada.

Com efeito, a pressão decorrente da fiscalização administrativa da conduta do funcionário e a impossibilidade de alegar o desconhecimento sobre a legalidade do recebimento deste tipo de vantagens, levará o corrupto a reear praticar o crime ou, pelo menos, a ser forçado a utilizar outros meios para receber o suborno.

5. O cargo público e os deveres do cargo relevantes para o crime de corrupção passiva

5.1. A natureza do cargo e o prosseguimento do interesse público

Ao longo deste estudo temos utilizado expressões como cargo público e deveres do cargo, sem, contudo, as termos definido.

Em primeiro lugar, é necessário ter em conta que “a Administração Pública existe para prosseguir o interesse público: o interesse público é o seu norte, o seu guia e o seu fim.”¹⁴⁶ Por força do art.º 266.º, n.º 1 da CRP, esta está obrigada a prosseguir-lo em toda a sua actuação.

“Numa primeira aproximação, pode definir-se o interesse público como o interesse colectivo, o *interesse geral de uma determinada comunidade, o bem comum* – na terminologia que vem já desde São Tomás de Aquino, o qual defi-

¹⁴⁶ AMARAL, Diogo Freitas do - Ob. Cit., 2011, Vol. II, p. 40-41.

nia bem comum como ‘aquilo que é necessário para que os homens não apenas vivam, mas vivam bem’ (*quod homines non solum vivant, sed bene vivant*).”¹⁴⁷

Desenvolvendo o conceito, dir-se-á que a prossecução do interesse público passa pela satisfação das necessidades coletivas da população. “Onde quer que exista e se manifeste com intensidade suficiente uma necessidade coletiva, aí surgirá um serviço público destinado a satisfazê-la, em nome e no interesse da colectividade (...) Todos (os serviços) existem para a mesma finalidade – precisamente, a satisfação das necessidades coletivas.”¹⁴⁸

Porém, também é verdade que o “interesse público não é um conceito homogéneo, imutável e temporal. Se é certo que exprime a ideia geral de bem comum, de bem-estar geral das pessoas e comunidades, a verdade é que esse bem comum tem, margens de variação em função das especificidades circunstanciais das diversas comunidades (...) Acresce que o interesse público tem carácter geral, mas não universal. Com isto pretendemos significar que o momento de universalidade do interesse público coincide já com o seu limite, ou seja, com os direitos fundamentais das pessoas (...) Na verdade, a Lei só amplamente pode definir o interesse público e os modos de o realizar.”¹⁴⁹ Assim, caberá ao Estado, dentro dos limites impostos pelo Estado de Direito, a decisão de definir o que corresponde ao interesse público, no caso concreto, e como devem ser satisfeitas as necessidades da população.

Esta satisfação de necessidades coletivas deverá ser feita da melhor forma possível, tanto no ponto de vista administrativo (técnico e financeiro) como no ponto de vista jurídico, em pleno respeito dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, respeitando a legislação a que a sua atuação se deve submeter. Esta particularidade consiste na existência de um dever de boa administração na prossecução do Interesse Público.¹⁵⁰

Em conclusão, as pessoas coletivas públicas devem atuar apenas no seu âmbito das atribuições e da melhor forma possível, não só para o Estado e para os

¹⁴⁷ AMARAL, Diogo Freitas do - Ob. Cit., 2011, Vol II, p. 44.

¹⁴⁸ AMARAL, Diogo Freitas do - Ob. Cit., 2011, Vol. I, p. 27 e 28.

¹⁴⁹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - **Constituição Portuguesa Anotada**. 6.^a rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 560.

¹⁵⁰ Cf. AMARAL, Diogo Freitas do - Ob. Cit., 2011, Vol. I, p. 44 a 46.

interessados, mas, também, para a população em geral, no pleno respeito do Estado de Direito.

É sabido que qualquer pessoa coletiva só consegue exprimir a sua vontade através dos seus órgãos, pois, sem estes, seria impossível qualquer instituição sair do plano abstracto.

No caso da Administração Pública, nos termos do art.º 20.º do CPA, são órgãos: os centros institucionalizados dos titulares de poderes e deveres para efeitos da prática de atos jurídicos imputáveis à pessoa coletiva, podendo, estes serem singulares ou colegiais, permanentes ou temporários.

Para os órgãos das pessoas coletivas públicas, são criados, em regra, um número definido de lugares com o desígnio de serem preenchidos por pessoas com a necessária competência para desempenhar as funções específicas que lhe competem.

O lugar corresponde ao conceito de cargo público, e, as pessoas que vierem a ocupar esses cargos, terão a função de criarem e manifestarem a vontade da pessoa coletiva, vontade, essa, que deverá, imperiosamente, coincidir com a prossecução das atribuições conferidas à pessoa coletiva pública em que estão inseridos.

Estas pessoas são os titulares dos cargos. A cada titular de um cargo caberá a obrigação de exercer as suas funções no estrito cumprimento das competências específicas do cargo que detém, nunca devendo a sua atuação interferir indevidamente ou se confundir com a de outros cargos existentes.

Quanto ao cargo, importa assinalar que ele “não existe ou cessa de existir apenas devido a uma pessoa em específico, ele é criado por lei, por tempo indeterminado e com dotação orçamental própria. Quando este não está preenchido por um titular será apelidado de vago e uma vez empossado do cargo o titular iniciou a prestação do seu serviço.”¹⁵¹

Nas funções conferidas aos titulares destes cargos, devido à sua natureza, incluem-se um conjunto de poderes, face aos seus subordinados hierárquicos ou a particulares (nomeadamente, de direção, disciplinares e de decisão), os quais

¹⁵¹ CAETANO, Marcelo - Ob. Cit., 1980 Tomo II, p. 653 e 729.

devem ser utilizados, obedecendo às normas previstas no Código de Procedimento Administrativo e na diversa legislação administrativa, visando cumprir o consagrado no art.º 266.º, n.º 2 da CRP, preceito que subordina os órgãos e os agentes administrativos à Constituição e à Lei, no exercício das suas funções, devendo respeitar os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

Tais normas impõem à Administração Pública um conjunto de regras e de princípios jurídicos (como os acima referidos) que a mesma deve acatar, atribuindo, em simultâneo, aos particulares, um conjunto de direitos face à Administração Pública (designadamente, a impugnação administrativa e judicial, os prazos de resposta, o direito de acesso documentos e ao estado do processo; muitos deles também consagrados na CRP (v.g. o art.º 268.º)).¹⁵²

A Administração Pública deve, também, actuar no pleno respeito pelos direitos fundamentais e pelos interesses legítimos dos particulares – consagrados, quer na Constituição quer, especialmente, nas leis ordinárias –, abstendo-se da prática de actos que atentem contra os mesmos. Merecem particular relevância as situações em que os funcionários pertencem a autoridades tributárias, reguladoras ou policiais, devido aos poderes e meios coercivos que lhe são necessariamente conferidos, para o cumprimento das suas atribuições.

“Assim, o conceito de cargo público (os deveres do cargo), subjacente à tipicidade do crime de corrupção, abrange o conjunto de poderes de autoridade, em que um concreto agente se encontra investido, de modo a realizar os interesses públicos que lhe foram atribuídos ou tomam parte da sua competência.”¹⁵³

Ao interpretar a Constituição, importa, antes de mais, não confundir o conceito de cargo público administrativo com o de cargo público consagrado no art.º 50.º.

Embora, em sentido lato, a expressão cargo público possa dizer respeito à generalidade dos cargos ligados ao exercício de uma função de natureza pública, incluindo a generalidade da função pública (sendo que a própria Constituição

¹⁵² Sobre o Estado Direito e o funcionamento da Função Pública, ver: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - Ob. Cit., 2007, Tomo III, p. 558 a 577.

¹⁵³ CUNHA, José Manuel Damião da - **O Conceito de Funcionário para Efeitos de Lei Penal e a Privatização da Administração Pública**. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 44.

recorre, no art.º 269.º, a esse mesmo sentido¹⁵⁴), o legislador constitucional decidiu optar por uma divisão entre emprego público e cargos públicos.¹⁵⁵

Assim, “o acesso a cargos públicos não equivale o acesso à função pública (art.º 47.º, n.º 2) este decorre do exercício da liberdade de trabalho e de profissão e cabe, portanto no *status libertatis*, ao passo que o acesso a cargos públicos se situa já no *status activae civilis*”.¹⁵⁶ “(A) função pública significa qualquer trabalho ou serviço de carácter profissional, seja qual for a sua qualidade ou estabilidade, prestada a uma entidade pública; significa qualquer emprego público (art.º 269.º, n.º 1), seja qual for o ramo desta (directa, indirecta, autónoma; administração conexa com os órgãos de soberania; ou através das “entidades administrativas independentes”) e seja qual for a natureza jurídica do seu vínculo (público ou privado).”¹⁵⁷

Numa perspectiva mais aprofundada, de acordo com o art.º 269.º da CRP, a função pública inclui “todos os trabalhadores da Administração pública civil, estatal, regional e local; os militares e agentes militarizados; os trabalhadores das estruturas administrativas dos órgãos de soberania e de outros órgãos do Estado; os trabalhadores das empresas públicas que prestem serviços públicos essenciais, constitucionalmente regulados, os trabalhadores de entidades públicas independentes.”¹⁵⁸

Já a noção de “cargos públicos tão pouco se reduzem a cargos políticos. Abrangem não só esses cargos a nível nacional, regional e local, como os cargos de juiz e magistrado do Ministério Público e os dos titulares de quaisquer órgãos do Estado, sejam criados pela Constituição ou pela Lei (Provedor de Justiça,

¹⁵⁴ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - Ob. Cit, 2007, Tomo III, p. 623.

¹⁵⁵ Como Ana Neves distingue: O conceito lato de função pública incluirá não só todos os funcionários e agentes do Estado e demais pessoas colectivas públicas, mas também os titulares de cargos públicos, incluindo os próprios titulares dos órgãos de soberania, quando exista um qualquer desempenho funcional da Administração Pública, Estado e outras Entidades Públicas. Já o conceito restrito inclui apenas os trabalhadores subordinados de uma pessoa coletiva de direito público cuja relação jurídica de trabalho é conformada por um específico regime jurídico, o dito regime jurídico da função pública. (Cfr. NEVES, Ana Fernanda, - Relação Jurídica de Emprego Público na Constituição: Movimento de Auto-semelhança, *in: Perspectivas Constitucionais: nos 20 Anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, Coimbra Editora, 1998. Vol. III p. 861 a 866.

¹⁵⁶ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - Ob. Cit, 2007, Tomo III, p. 487.

¹⁵⁷ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - Ob. Cit., 2007, Tomo I, p. 477.

¹⁵⁸ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - Ob. Cit., 2007, Tomo III, p. 620.

membros do Conselhos Económico e Social, membros do Conselho Superior de Magistratura), dirigentes de quaisquer entidades públicas.”¹⁵⁹

Diga-se, porém, que esta divisão é secundária no plano do Direito Penal, visto que, em última análise, ambos os conceitos se enquadram no conceito de funcionário do art.º 386.º do CP.

5.2. Os deveres do cargo público

Num Estado de Direito democrático todo o poder conferido abarca, também, um conjunto de obrigações a cumprir. O exercício de um cargo público não constitui exceção. É o próprio cargo que onera o seu titular com um conjunto de deveres, a serem respeitados, durante o seu exercício.

Existem deveres gerais para todos os cargos públicos e deveres específicos para certos cargos, consoante a natureza das competências que lhe são atribuídas. Podemos, pois, dividir os deveres do cargo entre comuns e especiais.

Podemos ainda optar por uma outra divisão dos deveres do cargo, consoante a sua natureza, distinguindo-os entre: deveres profissionais ou funcionais, de conduta de vida privada e de natureza política.

Os deveres profissionais são os que estão “ligados ao exercício da função e, portanto, só existindo em plenitude quando o funcionário está em atividade”¹⁶⁰

Estes deveres demonstram-se como os mais relevantes para o nosso tema, visto que o crime de corrupção passiva só pode ser cometido através do exercício do cargo. Por isso, iremos dar-lhe um maior desenvolvimento, nos capítulos seguintes.

Os deveres de conduta da vida privada são aqueles que não se limitam ao exercício do cargo, mas que entram, também, na vida privada do funcionário, estando essencialmente ligados à ideia de que um funcionário tem “o dever de conduta digna na vida privada”¹⁶¹, não devendo prejudicar o prestígio do cargo que detém, nem a confiança dos cidadãos no mesmo.

¹⁵⁹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - Ob. Cit., 2007, Tomo I, p. 487.

¹⁶⁰ CAETANO, Marcelo - Ob. Cit., 1980, Tomo II, p. 730.

¹⁶¹ Cf. CAETANO, Marcelo - Ob. Cit., 1980, Tomo II, p. 751.

Os deveres de natureza política têm como âmbito a restrição do exercício de certos direitos políticos do funcionário, podendo abranger tanto a capacidade política ativa como passiva do funcionário. Neles podem estar incluídas limitações relativas a direitos como: o direito de voto, o direito de pertencer a partidos políticos, o direito de acesso a outros cargos públicos ou, simplesmente, o direito à liberdade de expressão.

Sendo verdade que alguns destes deveres, especialmente os funcionais, tenham existido com um âmbito relativamente semelhante, durante os vários regimes políticos dos quais a história de Portugal é feita, também é verdade que outros não são passíveis de serem enquadrados no ordenamento jurídico atual.

Por exemplo, Marcelo Caetano incluía como deveres de natureza política inerentes ao cargo, aqueles que passavam pela “lealdade” à doutrina política instaurada e pela proibição de militância noutros partidos políticos. A razão da existência destes deveres passava, necessariamente, pelas características da sociedade existente na época e do regime político de natureza ditatorial que era o Estado Novo.¹⁶²

Atualmente, à luz da Constituição de 1976, e no respeito dos direitos fundamentais nela consagrados, muitos destes deveres foram expurgados do rol a que o funcionário está vinculado, no exercício do cargo, por manifesta inconstitucionalidade.

O funcionário público, em regra, tem plena liberdade para exercer os seus direitos fundamentais de igual forma aos outros cidadãos, desde que, do seu exercício, não resulte uma violação dos deveres funcionais do cargo ou um grave atentado ao prestígio do cargo que exerce. Em suma, o funcionário não pode ser prejudicado ou beneficiado, pelo exercício das suas funções, de quaisquer direitos políticos, como está expresso no art.º 269.º n.º 2 da CRP.

Embora o ordenamento jurídico atual consagre um Estado de Direito, existem limitações constitucionalmente aceites no que toca ao exercício de direitos fundamentais por alguns cidadãos que exercem uma função pública. Refira-se o art.º 270.º da CRP, que ressalva a possibilidade de a Lei vir a estabelecer

restrições ao exercício de alguns direitos fundamentais, na estrita medida das exigências das respetivas funções que exercem, quanto a direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição coletiva, capacidade eleitoral passiva e direito de greve por militares, agentes militarizados dos quadros permanentes e das forças de segurança.

Nestes casos, a fiscalização constitucional passa pelo estrito cumprimento do artigo 18.º n.º 2 da CRP, em especial, pela observância do princípio da proporcionalidade, que “em sentido amplo constitui um verdadeiro superconceito (*Oberbegriff*), superconceito esse que tem sido tradicionalmente decomposto em três subprincípios (corolários, máximas ou dimensões): i) o da adequação (ou idoneidade); ii) o da necessidade (indispensabilidade ou do meio menos restritivo); iii) o da justa medida (ou proporcionalidade, em sentido restrito)”.¹⁶³

Todavia, convém sublinhar que tais limites não recaem, exclusivamente sobre funcionários com funções de natureza militar.

Também a generalidade dos funcionários públicos está obrigada a uma neutralidade partidária visto que “encontram-se adstritos a uma total reserva acerca das suas opções e opiniões, estando-lhes vedado exibir símbolos partidários – por exigência da paz cívica, para a adequada prossecução do interesse público (...) e por respeito pelos cidadãos que se lhes dirigem. Na mesma linha se compreende as restrições a que se encontram sujeitos os que exercem funções de chefia (pelo menos, a partir do nível médio superior) ou funções de soberania (como os diplomatas). Não pode admitir-se que um director-geral critique publicamente o seu ministro (ou que, ao invés, faça a sua propaganda) ou que um diplomata discuta a política externa do Estado (...) As restrições previstas no art.º 270.º para os militares e agentes militarizados são a eles extensíveis.

A neutralidade política assim definida revela-se, à vista desarmada, imperativo de institucionalização da Administração pública, sem o que não se consegue ultrapassar a instabilidade e o clientelismo que tem marcado negativamente a experiência portuguesa. Mudam os Governos e os titulares de quaisquer

¹⁶³ ALEXANDRINO, José Melo - **Direitos Fundamentais: Introdução Geral**. 2.ª ed. Cascais: Princípia, 2007, p. 135.

outros órgãos executivos, mas a Administração, independente dos ciclos eleitorais, continua ao serviço da colectividade.”¹⁶⁴

Assim, sendo estas restrições constitucionalmente aceites, não existem grandes dúvidas quanto à sua constitucionalidade formal, passando a ação dos tribunais pela verificação da constitucionalidade material da norma restritiva do direito fundamental.

5.3. Os deveres do cargo na vida privada

Fora das restrições específicas acima mencionadas, existem outras decorrentes dos deveres gerais a que um funcionário público está obrigado a cumprir.

É sobre este tipo de restrições que existe uma maior problemática quanto ao seu âmbito de vigência e, até mesmo, quanto à sua própria constitucionalidade, quando se imiscuem na vida privada do funcionário.

Como Jorge Miranda e Rui Medeiros apontam: “As tendências mais recentes vão no sentido da aproximação do regime dos funcionários e agentes das entidades públicas ao regime dos trabalhadores de entidades privadas. Isso está bem patente no uso do termo ‘trabalhadores da Administração Pública’ (...) Todavia, subsiste um regime de função pública (...) fundado no princípio da prossecução do interesse público pela Administração”.¹⁶⁵

De facto, esta aproximação, criou um novo paradigma, que conduziu alguma Doutrina a admitir que com a vigência da CRP de 1976, os deveres funcionais dos funcionários não seriam fundamentalmente diferentes dos assumidos por qualquer titular passivo de uma relação de trabalho, questionando a conformidade constitucional da imposição de deveres na vida privada ou relativos ao exercício de direitos políticos.¹⁶⁶

Embora tal questão seja levantada, há correntes da Jurisprudência e da Doutrina que continuam a defender que os deveres do cargo se podem estender à

¹⁶⁴ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui - Ob Cit., 2007, Tomo III, p. 622 e 623.

¹⁶⁵ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - Ob. Cit, 2007, Tomo III, p. 630.

¹⁶⁶ Neste sentido, COUTINHO, José Luís Pereira - A Relação de Emprego Público na Constituição. Algumas notas. In: **Estudos sobre a Constituição**. Lisboa: Livraria Petrony, 1979, Vol. 3, p. 689 e ss.

vida privada e a direitos políticos de um titular do cargo público, se tal restrição for constitucionalmente aceite.

Diga-se que defender esta ligação não é de forma alguma adotar os critérios rígidos e moralistas definidos no ordenamento jurídico regido pela Constituição de 1933 – que considerava que a simples frequência de lugares de má reputação ou alcoolismo, fora do exercício do cargo, eram consideradas, por si só, infrações disciplinares por maus costumes ou, até, a contração de casamento por algumas categorias de funcionários necessitava de prévia autorização do Estado.¹⁶⁷ Tal posição levaria a uma inconstitucionalidade gritante e seria um atentado aos direitos fundamentais de um funcionário público, não sendo por isso aceitável.

O que se pretende defender é que “apesar de a vida privada do funcionário não poder ser disciplinarmente sancionada quando se traduza no exercício de um direito constitucional (designadamente, de natureza política), o mesmo pode não suceder quando estão em causa comportamentos condenáveis da vida privada, eventualmente integradores de ilícitos criminais.”¹⁶⁸

Existem várias posições quanto ao âmbito da incidência dos deveres do cargo na vida privada do funcionário.

José Coutinho entende que só os deveres funcionais poderão estender-se à vida privada, considerando que “ (...) não se criam, assim, funções novas quanto à vida privada ou política do funcionário; tão só ocorrerá, em casos restritos, o prolongamento enfraquecido das obrigações funcionais. Efectivamente, os deveres funcionais não ficam no lado de dentro das repartições públicas quando estas encerram ao fim do dia de trabalho (...) O que poderá é considerar-se que, em certas situações, o funcionário estará, embora fora do local de serviço, continuando a exercer funções, de forma já de si atenuada e actuando em sentido contrário ao definido pelos órgãos competentes que servem o interesse público, porventura perturbando a imparcialidade que dele se exige ou o funcionamento dos serviços.”¹⁶⁹

¹⁶⁷ Cf. CAETANO, Marcelo - Ob. Cit., 1980, Tomo II. p. 752.

¹⁶⁸ Parecer da PGR, de 25.10.2005, Ofício n.º 1265.

¹⁶⁹ COUTINHO, José Luís Pereira - Ob. Cit., 1979, p. 703.

Também Ana Neves defende uma posição semelhante ao declarar que “o estágio aceitável (de ingerência dos deveres do cargo na vida privada) é apenas aquele em que relevam as condutas da vida privada do agente quando elas se traduzam simultaneamente no incumprimento da prestação devida ou dos deveres funcionais.”¹⁷⁰

Já Artur Maurício sustenta que “nunca se entendeu que os deveres de conduta privada do funcionário não decorressem das funções que exerce. Pelo contrário, sempre se tem estabelecido uma íntima ligação entre aqueles deveres e a natureza das funções que competem a um serviço público (...) os deveres de conduta privada do funcionário são uma decorrência das funções que exerce (...) Sendo vetor da valoração da conduta privada do funcionário os efeitos que ela provoca no prestígio e dignidade da função ou do serviço público – o que de imediato apela para o que a sociedade em concreto exige da função, do serviço ou, o que é o mesmo, do funcionário – não pode esquecer-se, nessa valoração, a realidade histórica do momento, no que concerne ao consenso social sobre a função pública.”¹⁷¹

Assim, “tem-se entendido que a intimidade da vida privada de cada um que a lei protege compreende aqueles actos que, não sendo secretos em si mesmos, devem subtrair-se à curiosidade pública por naturais razões de resguardo e melindre como os sentimentos e afectos familiares, os costumes de família e as vulgares práticas quotidianas.” Por conseguinte, alguns actos capazes de violar deveres do cargo já seriam um tema “da vida que decorre fora do exercício das funções mas não da vida íntima do funcionário.”¹⁷²

A Doutrina divide-se, tão-só, quanto aos comportamentos da vida privada do funcionário considerados desprestigiadores para a função dos quais não resulte uma violação de um dever funcional.

Por outro lado, é unanimemente aceite que sempre que o funcionário, na sua vida privada, adote um comportamento que viole efetivamente alguns dos seus deveres funcionais, poderá ser punido penal e/ou disciplinarmente.

¹⁷⁰ NEVES, Ana Fernanda - Ob. Cit., 1998, p. 319.

¹⁷¹ MAURÍCIO, Artur - Estatuto Disciplinar: Vida Privada: Docentes. **Revista do Ministério Público**. Lisboa. Ano 3, Vol. 9 (Abril/1982), p. 93-107 e ss.

¹⁷² Parecer do Conselho Consultivo da PGR, de 23/7/81. *Apud* MAURÍCIO, Artur - Ob. Cit., 1982, p. 99, abordando as infrações disciplinares, que lesam a honra e bom nome do serviço a qual o funcionário pertence.

Aliás, é imperativo que assim o seja, para o total cumprimento de alguns deveres. É obviamente impossível ao funcionário cumprir o seu dever de exclusividade, caso este decida exercer uma atividade privada, cumulativamente com o cargo, em clara violação do art.º 22.º da LGTFP.

Também não poderá existir um cumprimento dos deveres de lealdade e sigilo apenas durante a parte do dia em que o funcionário está no efetivo exercício do cargo, não sendo o funcionário livre de divulgar qualquer informação ou expressar quaisquer comentários sobre os seus superiores hierárquicos, fora do horário de trabalho.

Defender uma posição contrária conduziria a que estes deveres não tivessem qualquer utilidade prática nem constituíssem verdadeiros deveres do funcionário, visto que bastava ao funcionário esperar, pelo fim-de-semana ou pelo dia de folga, para adoptar qualquer tipo de comportamento lesivo ao serviço a que pertence.

Assim, a extensão de deveres funcionais na vida privada do funcionário assemelha-se ao regime adoptado nas relações entre trabalhadores e empregador no Direito Privado. Não existindo, por isso, qualquer discriminação para os trabalhadores em funções públicas.

De facto, também no sector privado os deveres profissionais se estendem, em certa medida, à vida privada do trabalhador, podendo constituir fundamentos para sanções disciplinares. Por exemplo: o trabalhador abrir um negócio concorrente com o seu empregador; o trabalhador escrever comentários ofensivos numa página social sobre o empregador, etc.

Ora, quanto à questão de se a prática de ilícitos criminais ou de maus costumes fora do exercício do cargo, que não violem necessariamente nenhum dever funcional, mas que ponham em risco o prestígio do Estado, poderem corresponder à violação de um dever de “bom comportamento” ou de “comportamento exemplar”, como já se viu, a Doutrina divide-se.

Embora seja uma questão interessante, esta não é relevante para este estudo, visto que, se estamos perante deveres não funcionais, não existe uma ligação directa ao exercício do cargo por parte do funcionário, o que nos leva a concluir que não estamos perante um crime de corrupção passiva.

Assim, o que importa saber é qual o âmbito que os deveres funcionais têm vida na privada do funcionário, pois só estes serão relevantes e possibilitarão uma extensão da ideia de exercício do cargo.

Note-se que o conceito de violação de deveres funcionais aqui exposto, distingue-se da divisão entre corrupção própria e imprópria, na medida em que um acto de corrupção implicará sempre a violação dos deveres profissionais de isenção e imparcialidade. O que se pretende é apenas fazer a conexão entre o acto praticado na vida privada e a função exercida pelo funcionário, deixando para outro plano a separação entre corrupção para acto lícito e ilícito, onde a expressão “deveres contrários ao cargo” assume um outro sentido.

Os deveres profissionais vão para lá do exercício formal do cargo, o que nos permite concluir que se um funcionário solicita ou aceita um suborno para ser corrompido, fora do horário de trabalho, praticando um acto com conexão directa com as suas funções ou com deveres funcionais inerentes às mesmas, estaremos perante um caso de corrupção passiva (como é exemplo, a violação do dever de sigilo).

Em conclusão, só os deveres funcionais são relevantes para o crime de corrupção passiva, sendo estes entendidos como uma extensão do exercício do cargo ou do cumprimento da função.

Assim, caso o corrupto, mesmo que fora do horário de trabalho, pratique um acto que só poderia praticar devido ao cargo que exerce, infringindo os seus deveres funcionais, estaremos perante um caso de corrupção passiva. Caso o acto do funcionário não contenha uma conexão com o exercício do cargo, não existirá uma violação de deveres funcionais, concluindo-se de que não se poderá tratar de corrupção passiva.

Por fim, quanto à consagração legal destes deveres profissionais, podemos encontrá-los em variada legislação, dependendo do tipo de cargo público concreto que o funcionário ocupa.¹⁷³

Em conclusão, os titulares dos cargos e agentes administrativos *lato sensu* devem obrigatoriamente cumprir os deveres inerentes ao cargo no exer-

¹⁷³ Por exemplo, a generalidade dos funcionários estão submetidos aos deveres constantes no art.º 73.º n.º 2 da LGTFP, os militares da GNR aos do arts.º 7.º a 14.º do Decreto-lei n.º 297/2009, de 14.10, e os magistrados judiciais aos constantes na Lei n.º 21/85, etc.

cício do mesmo, podendo estes ser semelhantes à generalidade dos cargos públicos ou existirem especificamente para aquele cargo.

Tratemos agora de desenvolver os vários deveres comuns, encontrados em todos os cargos públicos, relevantes para a corrupção passiva.

5.4. O dever de obediência

Antes de nos debruçarmos sobre a ligação do dever de obediência no que respeita à de corrupção passiva, há que ter em mente dois conceitos fundamentais: o do dever de obediência e o de hierarquia.

O conceito de dever de obediência é o contraponto do poder de direcção, e consiste no dever do funcionário acatar e cumprir as ordens emanadas dos seus legítimos superiores hierárquicos, dadas em objeto de serviço e com a forma legalmente adequada.¹⁷⁴

O conceito de hierarquia pode ser entendido como “o modelo de organização administrativa vertical, constituído por dois ou mais órgãos e agentes com atribuições comuns, ligados por um vínculo jurídico que confere ao superior o poder de direcção.”¹⁷⁵

Destes dois conceitos, resultam como requisitos para o dever de obediência vigorar na relação jurídica entre superior hierárquico e subordinado: que a ordem ou as instruções provenham de legítimo superior hierárquico do subalterno em causa; que a ordem ou as instruções sejam dadas em matéria de serviço; e que a ordem ou as instruções revistam a forma legalmente prescrita.¹⁷⁶ Caso um destes requisitos não se encontre cumprido, não existirá dever de obediência, não sendo o subordinado legalmente obrigado a obedecer.

Para além da necessidade destes requisitos, o dever de obediência cessa, também, sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de um crime, por aplicação do art.º 271.º n.º 3 da Constituição.

Mesmo que exista dever de obediência, sendo, por isso, o subalterno legalmente obrigado a cumprir, este é responsável pelas suas ações ou omissões,

¹⁷⁴ Cf. CAETANO, Marcelo - Ob. Cit., 1980. Tomo II, p. 731.

¹⁷⁵ AMARAL, Diogo Freitas do - Ob. Cit., 2011, Vol. I, p. 808.

¹⁷⁶ Cf. AMARAL, Diogo Freitas do - Ob. Cit., 2011, Vol. I, p. 824.

em cumprimento de ordens ou instruções, ainda que a ordem seja, para todos os efeitos, inteiramente legal, por aplicação do n.º 1 do artigo anteriormente referido. Esta responsabilidade será porém excluída caso o funcionário tenha reclamado ou exigido a transmissão e confirmação por escrito.

Diga-se que “esta responsabilidade pressupõe uma conexão funcional com o serviço, não estando em causa comportamentos privados dos funcionários, sendo de resto insuficiente uma relação indirecta, ocasional, com o serviço. Pelas acções ou omissões alheias ao exercício de funções os funcionários e agentes do Estado respondem *uti cives*, como qualquer outro cidadão, sem envolver a responsabilidade solidária do Estado”¹⁷⁷. Estamos, aqui, a abordar então as situações em que existe um concreto exercício do cargo.

De toda esta análise podemos desde já retirar algumas conclusões quanto ao dever de obediência e o crime de corrupção passiva.

A primeira, é que se o funcionário for subornado para atuar da forma diversa à que lhe foi ordenada ou contra as instruções do seu superior hierárquico, estaremos perante um ato contrário aos deveres do cargo e, consequentemente, perante um caso de corrupção passiva própria.

A segunda, que a situação inversa também pode acontecer. Isto é, o superior hierárquico ser subornado para ordenar a um seu subordinado que pratique um determinado ato.

Não existem dúvidas de que poderemos enquadrar a ordem dada pelo superior hierárquico como corrupção passiva, se a ordem for dada no exercício do cargo, mais concretamente, sobre matéria de serviço ou existindo uma qualquer relação funcional que permita ao superior utilizar legitimamente um poder de direção.

Se o ato ordenado não estiver inserido no âmbito do serviço, não existirá qualquer problema jurídico a considerar pela eventual recusa do subordinado em cumprir a ordem. Por um lado, não existirá um crime de corrupção passiva, visto que não houve um exercício do cargo por parte do superior hierárquico. Por

¹⁷⁷ CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, Vol. II, p. 952.

outro, o dever de obediência não terá aplicação nesta situação, o que implicará que o funcionário não é legalmente obrigado a acatar a ordem.

Por exemplo, se o superior hierárquico for subornado para ordenar o seu subordinado para cometer um homicídio, não estaremos perante um crime de corrupção passiva.

O verdadeiro problema dá-se, então, quando o ato já se encontra inserido no âmbito de serviço. Aí, sim, já existe um dever de obediência, caso todos os outros critérios enunciados anteriormente estejam também cumpridos. Neste caso a ordem é vinculativa para o subordinado, a menos que esta implique a prática de quaisquer crimes.

Assim, mesmo que seja uma ordem ilegal, se não implicar uma nulidade nem constitua um crime, o dever de obediência vigorará na relação jurídica entre subordinado e superior no nosso ordenamento jurídico.

Existe Doutrina que não concorda com esta opção constitucional e discute se se trata, ou não, de uma exceção ao princípio da legalidade.¹⁷⁸ Não menosprezando a discussão existente, o que nós importar reter é que é a própria Constituição que expressa que, se a ordem não constituir um crime, deve ser cumprida.

Por um lado, percebe-se que é impossível um Estado funcionar adequadamente, caso todo o subalterno possa se recusar ao cumprimento de ordens legítimas porque, na sua opinião, está ilegal. Por outro lado, também é difícil admitir que, num Estado de Direito Democrático, alguém seja obrigado a acatar ordens com as quais não só não concorde, mas também as considere violadoras da Lei.

Face ao exposto, cumpre saber como enquadrar a responsabilidade penal do subordinado que proceda ao cumprimento da ordem do superior hierárquico, mas que não tenha conhecimento que está a atuar no quadro de um esquema de corrupção.

Antes de mais, parece-nos que a resposta passa por aferir se a conduta do subordinado violou, ou não, outros deveres inerentes ao seu cargo.

¹⁷⁸ Sobre esta discussão, v. a biografia mencionada em AMARAL, Diogo Freitas do - Ob. Cit., 2011, p. 806 a 830.

Note-se que a ordem do superior pode ser aparentemente regular ao serviço, sem que o funcionário se aperceba da existência de quaisquer indícios de irregularidades.

Nestas situações, dificilmente poderemos imputar ao subordinado qualquer nível de responsabilidade, estando o mesmo legalmente obrigado a dar seguimento à ordem e a cumpri-la zelosa e pontualmente.

Porém, existindo uma ordem ilegal em que o seu cumprimento represente uma violação de outros deveres do cargo, e tendo o subordinado se apercebido disso, este poderá sempre reclamar ou exercer o seu direito de respeitosa representação, por forma a excluir a sua responsabilidade, como já foi referido anteriormente. Caso não o faça, o subordinado já se encontrará numa situação mais vulnerável, sendo inteiramente responsável pelos seus atos.

Importa, também, sublinhar que, não tendo o subordinado sido subornado nem tendo a noção de que está a ser utilizado num caso de corrupção passiva, a sua responsabilidade estará sempre excluída.

5.5. O dever de zelo

O dever de zelo para a generalidade dos funcionários públicos, encontra-se definido no n.º 7 do art.º 73.º da Lei n.º 35/2014. Este dever consiste “em conhecer e aplicar as normas legais e regulamentares e as ordens e instruções dos superiores hierárquicos, bem como exercer as funções de acordo com os objetivos que tenham sido fixados e utilizando as competências que tenham sido consideradas adequadas.”

Desenvolvendo, poderá ser dito que “o dever de zelo consubstancia-se num dever profissional com manifesta conexão funcional com o desempenho do serviço/função a que os mesmos estejam adstritos, já que o mesmo cumpre-se mediante uma atuação funcional de acordo com padrões de comportamento e objetivos prefixados de eficiência e mobilizando os meios adequados à consecução desses fins (...) Daí que este dever se assume como um dever de diligência, de competência, de aplicação e de brio profissional no concreto desempenho e execução das funções/serviço por parte do funcionário/trabalhador, violando tal conduta funcional se o mesmo se apartar daqueles mesmos padrões ou objetivos,

mormente, por não utilização do empenho, dos conhecimentos e meios apropriados ou por subversão dos fins estabelecidos no estrito exercício daquelas suas funções/serviço.”¹⁷⁹

Resumidamente, e nas palavras de Marcelo Caetano, “não basta, porém, saber fazer: é preciso fazer bem, com diligência, com exactidão, com empenho, isto é, torna-se necessário que o funcionário, além de sabedor do seu ofício (profissionalmente competente, como se costuma dizer) seja zeloso.”¹⁸⁰

Assim, existe uma violação dos deveres do cargo sempre que um funcionário atuar, dolosa ou negligentemente, de forma pouco profissional, prejudicando, desnecessariamente, os particulares ou o próprio interesse público.

Também nos casos em que o funcionário é subornado para retardar injustificadamente a prática de um ato, o dever de zelo é violado por omissão, entendimento encontrado no Acórdão do Tribunal da Relação¹⁸¹, de 31.10.1990, ao concluir que “o protelamento indefinido da prática de um acto por funcionário, que tem o dever legal de o praticar, corresponde à omissão da sua prática”.

Para além da prática do acto, é imperativo que este seja praticado da melhor forma possível, cumprindo todos os requisitos legais, instruções e usos profissionalmente adequados. Só assim o funcionário estará a cumprir pontualmente com as suas responsabilidades profissionais e, consequentemente, com os seus deveres inerentes ao cargo.

Isto significa que, sempre que o funcionário seja subornado para atuar dolosamente de forma inadequada, estaremos perante um caso de corrupção passiva própria. Por exemplo: o funcionário ser subornado para atrasar a atribuição de uma licença à concorrência do corruptor ou conduzir uma inspeção ou audição de forma negligente ou pouco profissional.

Também outros deveres funcionais – v.g. o de assiduidade e o de pontualidade (previstos no art.º 73.º, n.º 11, da LGTFP), bem como os deveres de comparecer ao serviço regular e continuamente e nas horas que estejam designadas – contêm conexões com a forma de exercício da função e o dever de zelo.

¹⁷⁹ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 19.4.2013, Proc.º n.º 02269/10.3. BEPRT.

¹⁸⁰ CAETANO, Marcelo - Ob. Cit., 1980, Tomo II, p. 743.

¹⁸¹ Acórdão do TRL, de 31.10.1990, Proc.º n.º 0260193.

A forma mais simples de se omitir ou atrasar a prática do acto é não estar presente para o fazer. Assim, parece-nos óbvio que um funcionário, que falte injustificadamente ou chegue propositadamente atrasado ao local de trabalho, estará a agir contrariamente aos seus deveres funcionais, numa perspectiva meramente laboral.

Porém, cumpre assinalar que “uma falta ao serviço, mesmo que injustificada, não traduz necessariamente uma violação do dever de zelo (...) este dever cumpre-se actuando funcionalmente de acordo com padrões de comportamento e objectivos prefixados e mobilizando os meios adequados à consecução desses fins; e viola-se se a conduta funcional se apartar desses mesmos padrões ou objectivos, por não utilização dos meios apropriados ou por subversão dos fins estabelecidos. Sendo assim, o zelo ou a falta dele parecem surgir *in actu exercito* – como se depreende dos verbos ‘aplicar’, ‘exercer’ ou ‘utilizar’, constantes daquele art.º 3.º, n.º 7. Mas, se o zelo ou a sua falta se hão-de normalmente detectar na actividade funcional do agente, qualificável como zelosa ou não zelosa, é difícil reportá-los a uma falta ao serviço, em que não existe o substrato comportamental sobre que recairia a qualificação. Isto significa que as faltas ao serviço trarão, aliás imediatamente, um problema relacionado com a assiduidade; mas não é normal que logo impliquem uma falta de zelo, por esta requerer em regra uma conduta que, devido à própria falta, não chegou a existir. Frise-se que não excluímos em absoluto a possibilidade duma falta ao serviço traduzir uma violação do dever de zelo (...) O que dizemos é que uma ausência ao serviço dificilmente traduzirá uma ofensa do dever de zelo; pois isso só poderá suceder quando for certo, pelo menos, que a ausência foi preordenada ao incumprimento de determinado objectivo funcional.”¹⁸² Basicamente, o dever de zelo do funcionário só é violado se, da impontualidade ou da ausência injustificada, resultar o incumprimento dos seus objectivos.

Exemplificando: imagine-se, um guarda subornado, para chegar cinco minutos atrasado ao seu posto de trabalho, de forma a que os corruptores possam ter tempo de entrar no local e aceder a documentação classificada. A violação do dever de pontualidade será fortemente indicativa de uma omissão ou prática

¹⁸² Acórdão do STJ, de 23.1.013, Proc.º n.º 042/12.

contrária aos deveres do cargo, pois foi através desta que o funcionário se recusou a cumprir dolosamente as suas atribuições, infringido, consequentemente, o seu dever de zelo. O mesmo se diga do funcionário subornado para faltar injustificadamente alguns dias, a fim de atrasar a prática de um acto, de forma a beneficiar o corruptor.

Por outro lado, considerarmos que comete um crime corrupção passiva o funcionário subornado para faltar ou se atrasar a comparecer local de trabalho, não implicando essa falta a prática ou omissão de quaisquer actos ou objectivos concretos, já nos parece ser um exagero a extensão destes deveres funcionais.

Como se referiu, embora a violação destes deveres possam constituir um forte indício da violação do dever de zelo, é necessário que, do recurso a estes meios evasivos, resulte uma clara ligação entre a ausência do titular e a intenção de omissão do exercício do cargo público. Assim, para o Direito Penal, não é importante que ele tenha faltado ou chegado atrasado, mas, antes, as razões que o conduziram a isso.

Em conclusão, mesmo que o corruptor opte por adiar a sua comparência no local de trabalho – de forma a não praticar ou atrasar a prática de um acto –, não estaremos perante mais do que uma simples estratégia, utilizada para cumprir o acordo ilícito. Assim sendo, o funcionário deverá ser punido tal como o seria, se tivesse cumprido, inadequadamente, as suas funções, no decurso do exercício do cargo, violando o dever de zelo, ou seja, qualificando o seu comportamento como um crime de corrupção própria.

Há, também, outro dever relacionado com o de zelo. É o dever de correcção, definido pelo art.º 73.º, n.º 10, da LGTFP, como o de tratar com respeito os utentes dos órgãos ou serviços e os restantes trabalhadores e superiores hierárquicos.

Para o cumprimento deste dever não é exigido, obviamente, que o funcionário mantenha relações de intimidade ou amizade com os restantes colegas ou utentes. Apenas é exigido que se comporte com um certo nível de educação, por

forma a que não ponha em causa o regular funcionamento da Administração, nem a satisfação dos interesses públicos, devido ao mau ambiente.¹⁸³

O dever de correcção assume-se como um dever âmbito quase exclusivamente disciplinar, visto que dificilmente poderemos considerar um caso de corrupção passiva o de um funcionário ser subornado para tratar de forma rude um outro trabalhador ou um utente. Até mesmo a hipótese de classificar esse ato como de corrupção própria, apenas porque o funcionário foi descortês na prática do ato, se demonstra como algo excessiva.

Neste último caso, é certo que, se o funcionário foi corrompido para a prática do ato em concreto, estaremos perante um caso corrupção passiva. Porém, considerá-la própria, apenas pela violação do dever de correcção, parece-nos uma interpretação abusiva do conceito da expressão, “contrários aos deveres do cargo”.

Assim, apenas nos casos em que o dever de correção é violado, de forma em que implique igualmente a de outros deveres, é que poderemos estar perante um facto relevante para o Direito Penal.

Por exemplo: o funcionário encarregue de tratar da melhor forma possível um representante de outro Estado, durante a sua estadia em Portugal, por motivos diplomáticos ou de especial importância económica para os interesses dos Estado, ser subornado para fazer a vida deste num inferno, sendo propositamente hostil.

Neste caso, se o funcionário for excessivamente descortês, para além do dever de correção, também estará a violar outros deveres funcionais. como os de zelo, lealdade ou, até mesmo, de obediência.

¹⁸³ Cf. CAETANO, Marcelo - Ob. Cit., 1980, Tomo II, p. 748.

5.6. O dever de isenção

O dever de isenção ou de probidade consiste, segundo o n.º 4 do art.º 73.º da Lei 35/2014, “o dever de não retirar vantagens, diretas ou indiretas, pecuniárias ou outras, para si ou para terceiro, das funções que exerce.”

Desta definição resulta que qualquer conduta associada a crimes de corrupção implica uma direta violação deste dever associado ao cargo público. Todo o funcionário corrupto, que é subornado, retira necessariamente uma vantagem pela prática de um determinado ato.

“O dever de probidade impõe assim ao funcionário uma conduta de absoluta isenção, de modo a que não seja suspeito de prevaricar, de deixar-se corromper ou por outro modo ser infiel à entidade servida e aos interesses gerais que lhe cumpre realizar e defender.”¹⁸⁴

Significa isto que não será possível recorrer a este dever, para justificar uma qualificação de corrupção própria ou imprópria. O resultado seria sempre o mesmo, corrupção própria, inexistindo, na prática, a possibilidade de existir corrupção imprópria no ordenamento jurídico.¹⁸⁵

Ressalve, porém, que, embora a expressão “deveres do cargo”, prevista no CP, não inclua o dever de isenção, nada obsta a que órgãos competentes da Administração Pública não possam aplicar sanções administrativas ao funcionário com fundamento da infração deste dever do cargo.¹⁸⁶

5.7. Os deveres de sigilo e de informação

Os deveres funcionais de sigilo e de informação estão, necessariamente, interligados, sendo um a limitação do outro e vice-versa.

O dever de informação, de acordo com o art.º 83.º n.º 6 da LGTFP, impõe ao funcionário a obrigação de prestar ao cidadão, em termos legais, a informação que este lhe solicite, excepto aquela que não deva ser divulgada.

¹⁸⁴ CAETANO, Marcelo - Ob. Cit., 1980, Tomo II, p. 750.

¹⁸⁵ No mesmo sentido, considerando que o recebimento da vantagem não é suficiente para qualificar o crime de corrupção como própria, ver: SANTOS, Cláudia Cruz - Ob. Cit., 2016, p. 85 e 86.

¹⁸⁶ V. Acórdão do Tribunal Central Sul de 26.6.2008, Proc.º n.º 03670/99.

O dever de sigilo, por seu turno, traduz-se no dever do funcionário “guardar o segredo profissional relativamente aos factos de que tenha conhecimento no exercício das suas funções e apenas por virtude desse exercício, desde que não sejam públicos ou destinados à publicidade ou que não esteja autorizado a revelá-los.”¹⁸⁷

Assim, “associado e por vezes confundido com o dever de reserva surge habitualmente nos regimes da função pública o dever de sigilo. (...) Ao relevar indevidamente factos ou documentos de que só pode ter conhecimento por via da sua qualidade de funcionário o infractor não exercita, por definição, o seu direito de exprimir e divulgar o seu pensamento. Viola claramente o seu dever funcional.”¹⁸⁸

O segredo profissional pode abranger segredos de diferentes naturezas, consoante as funções que o funcionário exerça, cada qual as suas características específicas, restrições e âmbitos. O exercício do cargo pode, também, estar vinculado por um ou mais segredos, tais como: o de justiça, o fiscal, o estatístico, o bancário e o médico, etc.

A título exemplificativo, indicamos alguns diplomas que prevêm normas específicas para alguns cargos públicos:

O art.º 12.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais impede estes funcionários de fazer declarações ou comentários sobre processos, salvo, quando autorizados pelo Conselho Superior da Magistratura, para defesa da honra ou para a realização de outro interesse legítimo;

O art.º 9.º, n.º 1, do Decreto-lei n.º 252/2000, de 16.10, que aprova a Estrutura Orgânica do Serviços de Estrangeiros e Fronteiras (SEF), obriga o pessoal do SEF a guardar sigilo de todas as informações a que tiver acesso, no exercício das suas funções, não sendo abrangidas por este dever as comunicações às autoridades competentes sobre factos indiciários da prática de qualquer crime de que tenham conhecimento através do exercício da atividade de investigação e fiscalização.

¹⁸⁷ CAETANO, Marcelo - Ob. Cit., 1980, Tomo II, p. 744.

¹⁸⁸ COUTINHO, José Luís Pereira - Ob. Cit., 1979, p. 684 e 685.

O art.º 64.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária (LGT), aprovada pelo D.L. n.º 398/98, de 17.12, consagra o dever de sigilo dos dirigentes, funcionários e agentes da administração tributária, relativamente aos dados recolhidos sobre a situação tributária dos contribuintes e elementos de natureza pessoal, que obtenham no procedimento. O âmbito deste dever é desenvolvido, subsequentemente, nos n.ºs 2, 3, 4 e 5 do mesmo artigo e nos arts. 64.º-A, 64.º-B e 64.º-C.

Por último, refira-se o sigilo, previsto no art.º 10.º da Lei Orgânica n.º 2/2014, de 6.8 – diploma que aprova o Regime do Segredo de Estado –, que obriga ao dever de sigilo os titulares de cargos políticos, quem se encontre no exercício de funções públicas e quaisquer pessoas que, em razão das suas funções, tenham acesso a matérias classificadas como segredo de Estado, mantendo-se os referidos deveres após o termo do exercício de funções (n.º 1).

Para além destes, todos aqueles que, por qualquer meio, tenham acesso a documentos ou informações classificados como segredo de Estado, ficam obrigados a guardar sigilo (n.º 2).¹⁸⁹

Após estes vários exemplos, percebe-se que o tipo de informação a que o funcionário terá acesso variará consoante o cargo exercido, sendo comum o dever de sigilo ser regulado por legislação específica, muitas vezes, em termos semelhantes aos aplicados noutras atividades privadas, que assumem responsabilidades de igual natureza a nível de tratamento de informação considerada sensível (v.g. advogados, médicos, bancários).

Porém, o dever de sigilo não se esgota no mero segredo profissional. Abrange, também, a divulgação e tratamento de dados pessoais, estando o funcionário vinculado ao disposto Lei n.º 67/98, de 26.10, que aprova o Regime de Proteção de Dados Pessoais.

Com efeito, o n.º 1 do art.º 17.º, daquela Lei estipula que os responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, bem como as pessoas que, no exercício das

¹⁸⁹ Este sigilo é considerado pelo legislador de tal forma importante, devido à natureza das informações a que os titulares dos cargos tiveram acesso, que a própria lei orgânica proíbe a prestação, pelo funcionário, de declarações ou depoimentos perante comissões de inquérito parlamentares ou autoridades judiciais, por força do art.º 11.º. Caso o funcionário invoque este sigilo, o art. 12.º regulará o processo de levantamento do mesmo.

suas funções, tenham conhecimento dos dados pessoais tratados, ficam obrigados a sigilo profissional, mesmo após o termo das suas funções.

Em suma, o funcionário deve divulgar a informação apenas quando está legalmente autorizado a fazê-lo. Caso contrário, deve manter o sigilo absoluto sobre o assunto, sob pena de poder incorrer na prática de uma infração disciplinar ou, até mesmo, de um ilícito criminal – veja-se o crime previsto no art.º 47.º da mesma Lei, que pune a violação do dever de sigilo com a pena prisão até dois anos ou multa até 240 dias.

Já no que se refere ao direito dos particulares ao acesso a informação administrativa – consagrado nos arts. 268.º, n.ºs 1 e 2, da CRP e nos arts. 82.º e seguintes do CPA – este envolve o direito a ser informado pela Administração, sempre que os particulares assim o requeiram, a propósito do andamento dos processos em que sejam directamente interessados, ou tenham, nele, um interesse legítimo, bem como o direito de conhecer as resoluções definitivas que sobre os mesmos forem tomadas.¹⁹⁰

Para além das normas do CPA, caso o cargo do funcionário se enquadre na função administrativa do Estado, a resposta à questão de se o funcionário deve, ou não, divulgar aquela informação passará, muitas vezes, pelo regime de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos, aprovado pela Lei n.º 26/2016, de 22.8.

“O direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, vem sendo considerado como um direito fundamental cujo sacrifício só se justifica quando confrontado com direitos e valores constitucionais de igual ou maior valia, como são os relativos à segurança interna e externa, à investigação criminal e à reserva da intimidade das pessoas.”¹⁹¹

Como Jorge Miranda e Jorge Medeiros apontam, “as expressões arquivos e registos designam, entretanto, os centros onde se conservam os documentos (entendendo-se por documentos ou suportes de informação gráficos, sonoros, visuais, informáticos, visuais ou de outra natureza) e os instrumentos de controlo da existência dos documentos e da sua movimentação (quando entram ou saem

¹⁹⁰ Sobre o direito à informação e ao acesso a documentos administrativos, por particulares, ver MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - Ob. Cit., 2007, Tomo III, p. 598 a 606.

¹⁹¹ Parecer da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, Proc.º n.º 57/2014.

em organismos públicos, ou quando circulam no seu interior). As expressões permitem, assim, esgotar o circuito pelo qual passam e se conservam praticamente todos os documentos que a Administração gera, recebe, guarda e difunde.”¹⁹²

Assim, no art.º 5.º da Lei n.º 26/2016, é estabelecido o direito de acesso a todos documentos administrativos, sem necessidade do particular enunciar qualquer interesse específico, o qual compreende os direitos de consulta, de reprodução e de informação sobre a sua existência e conteúdo. Este não é, porém, um direito absoluto, estando restringido, quer pelos deveres funcionais de sigilo, anteriormente referidos, quer pelas restrições previstas no art.º 6.

Em caso de dúvida sobre a decisão a proferir, o funcionário poderá, por força do art.º 15.º, n.º 1, al. e), pedir parecer, expondo a situação à Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, de forma a obter uma resposta desta autoridade.

Caso a informação não seja confidencial, o funcionário não deverá manter o sigilo sobre a informação constante no documento ou negar o acesso a este. Se, só parte do documento contiver informação de carácter restrito, poderá ser dada autorização de acesso ao mesmo, contando que seja possível expurgá-lo de matéria reservada, por forma ao requerente obter, apenas, conhecimento autorizado, por força do n.º 8 do art.º 6.º.

Em conclusão, o funcionário não está vinculado, apenas, ao dever de sigilo, mas também, ao dever de informação, funcionando estes como uma lâmina de dois gumes.

Assim, caso o funcionário negue o acesso a informação a um particular que tinha direito à mesma, estaremos perante um caso de violação de deveres associados ao cargo. Tal violação existirá mesmo que, posteriormente, o particular consiga o acesso a essa informação, através de recurso hierárquico ou intervenção judicial, pela interposição de uma intimação para prestação de informações.

¹⁹² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - Ob. Cit. 207, Tomo III, p. 602.

Note-se que o mero direito ao acesso à informação não é suficiente para que funcionário esteja obrigado a prestar essa informação. Também é necessário que a forma do pedido seja adequada e conforme à Lei.

Caso o particular não utilize a forma correta para o requerimento da informação pretendida, querendo, inclusive, prescindir de algumas formalidades essenciais do procedimento administrativo, o funcionário não terá na sua esfera de deveres funcionais qualquer dever de o informar.

Imagine-se o particular que procura o funcionário, quando este não está em exercício de funções, e pede verbalmente uma informação que deveria requerer obrigatoriamente por escrito. É impensável que, nestas hipóteses, o funcionário estivesse obrigado a divulgar essa informação.

Para além destas informações, que podem ser requeridas pelos particulares, existem ainda informações que os vários órgãos das pessoas coletivas públicas estão legalmente obrigados a divulgar ativamente, na prossecução das suas atividades, por respeito ao princípio de transparência, assente no art.º 14.º do CPA.¹⁹³

Chamado à colação o nosso tema principal, podemos-nos interrogar-nos quando existirá uma violação do dever de sigilo ou do dever de informação, por forma a que possamos classificar o ato como corrupção passiva própria.

Baseando-nos na exposição já feita, a resposta parece-nos simples.

Sempre que o funcionário for subornado para divulgar, tratar indevidamente ou dar acesso a informação, abrangida por um dever legal de guardar segredo; restrições de acesso; ou informação vinculada legalmente a uma determinada forma ou formalidades essenciais, que obteve, necessariamente, pelo exercício do cargo; ou, como já foi exposto anteriormente, que pode ou poderia vir a obter, através das competências específicas ou dos seus poderes de facto associados ao cargo, estará a violar o dever funcional de sigilo.

Por outro lado, sempre que o funcionário for subornado para que, de qualquer forma, impedir, restringir inadequadamente ou atrasar de forma dolosa

¹⁹³ Veja-se, por exemplo, os documentos, dados ou listas elencadas no art.º 10.º, n.º 1 da Lei n.º 26/2016, que os órgãos ou entidades estão obrigados a publicar nos seus sítios de internet.

o acesso a informação a que o particular tinha direito e requereu de forma legal, estará a violar o dever funcional de informação.

De igual modo, também o funcionário subornado para não divulgar ativamente informação que este estava legalmente obrigado ou atrasar essa mesma divulgação, violará necessariamente o dever de informação legalmente imposto ao funcionário.

No mesmo sentido, é nos possível encontrar Jurisprudência nesse sentido, como é o caso do Acórdão do TRL, de 15.11.2011, no qual é decidido que integram o crime de corrupção passiva o fornecimento de informações abrangidas pelo dever de sigilo pelos funcionários do SEF.

Como o tribunal expõe,“ (...) estando suficientemente indiciado que o funcionário recebeu vantagens patrimoniais, traduzidas no pagamento de despesas respeitantes a deslocações e alojamento no estrangeiro, como compensação do fornecimento por ele de informações sobre actividades de determinado serviço público, justifica-se a pronúncia pelo crime de corrupção passiva para acto ilícito.”¹⁹⁴

5.8. O dever de lealdade

O dever de lealdade é definido pelo art.º 73.º n.º 9 da LGTFP, como o dever em desempenhar as funções com subordinação aos objetivos do órgão ou do serviço.

“Na sua formulação legal, o dever de lealdade envolve o exercício de funções e não extravasa o requerido pela lei e pelos objectivos da organização ou serviço em que está inserido o funcionário ou agente e não comporta, por regra, exigências de conduta na vida privada, não restringindo designadamente o exercício de direitos de natureza cívica e política.”¹⁹⁵

Este é, porém, um dever que só pode ser entendido globalmente, em articulação com outros deveres funcionais autónomos, tais como: o dever de prossecução do interesse público, o dever de sigilo, o dever de obediência, o dever de urbanidade, etc.

¹⁹⁴ Acórdão do TRL, de 15.11.2011, Proc.º n.º 504/04.6JFLSB.L1-5.

¹⁹⁵ Parecer da PGR, de 25.10.2005, Ofício n.º 1265.

Basicamente, só é possível um funcionário ser considerado desleal se a sua ação violar algum dever inerente ao cargo e, por isso, trair a confiança nele depositada. Naturalmente, se não era esperado ao funcionário que adoptasse um determinado comportamento, não podemos puni-lo por qualquer “traição” ao cargo ou à função que exerce. Assim, o âmbito do dever de lealdade será mais ou menos exigente consoante o cargo que o titular ocupa e as responsabilidades que detém.

Por exemplo, um chefe de gabinete de um Ministro terá um dever de lealdade mais exigente que um vulgar funcionário de outro departamento do mesmo Ministério, devido às suas competências e às informações sensíveis que o cargo oferece. Quanto maior for a confiança depositada no titular do cargo, maiores serão suas responsabilidades, tanto a nível de prossecução do interesse público como de lealdade para com a pessoa colectiva pública, dirigentes e superiores hierárquicos.

É de assinalar que, actualmente, não estamos perante um tipo de lealdade de natureza excessiva ou autoritária, onde o funcionário é forçado a colocar-se completamente “na disponibilidade da pessoa de direito público”, não podendo gozar de quaisquer direitos políticos ou por em causa a doutrina política do regime vigente.¹⁹⁶

Trata-se, sim, de uma lealdade profissional onde se visa impedir “interferências entre o campo funcional e o exercício de quaisquer direitos políticos previstos na Constituição, nomeadamente por opção partidária (n.º 2 do art.º 270.º, versão originária, actual art.º 269.º, n.º 2); o dever de obediência não pode extravasar ‘matéria de serviço’ (n.º 2 do art.º 271.º). A revisão constitucional de 82 fez preceder o enunciado da subordinação dos ‘trabalhadores públicos’ ao interesse público da locução ‘No exercício das suas funções’ (art.º 269.º, n.º 1).”¹⁹⁷

Esta componente profissional ou funcional deve ser realçada, estando a lealdade associada exclusivamente às funções desempenhadas pelo funcionário. Este dever não implica que o funcionário se abstenha de denunciar às autori-

¹⁹⁶ Conceção defendida por CAETANO, Marcelo - Ob. Cit., 1980, Tomo II, p. 753 e ss., vigente no Estatuto Disciplinar de 1943.

¹⁹⁷ NEVES, Ana - Ob. Cit., 1998, p. 312-313.

dades competentes a prática de quaisquer crimes ou ilícitos, cometidos pelos seus superiores, ou que se oponha judicialmente a quaisquer decisões que envolvam uma violação dos seus direitos laborais. Não se pode, porém, é admitir que a cor partidária do funcionário ou quaisquer outros factores exteriores à relação laboral pública impliquem a prática de comportamentos que ponham em causa o prestígio ou competência da pessoa coletiva ou de quaisquer funcionários a esta pertencentes.

Esta profissionalização do dever de lealdade leva até que nos seja possível encontrar algumas semelhanças com o dever de lealdade existente entre trabalhador e empregador nas relações regidas pelo Direito do Trabalho. De facto, “(o) dever de lealdade manifesta-se hoje, basicamente, nos deveres de não concorrência e de sigilo profissional, sendo expressão da boa-fé contratual e significando que o trabalhador não deverá aproveitar-se da posição funcional que ocupa na empresa, em detrimento do empregador (desviando a sua clientela, revelando segredos à concorrência, etc.)”¹⁹⁸

Existem, é claro, diferenças essenciais entre os deveres de lealdade de trabalhadores em funções privadas e em funções públicas. Dificilmente o funcionário poderá fazer concorrência à pessoa coletiva pública, a não ser que estejamos perante uma empresa pública centrada numa atividade concorrente com as privadas.

Porém, tanto o sigilo profissional como a boa-fé contratual, tal como o eventual aproveitamento da sua posição, em detrimento do empregador – que, no caso de exercício do cargo público, se pode concretizar num prejuízo para o interesse público – são partes integrantes do dever de lealdade inerente, quer o trabalhador exerça funções públicas quer privadas.

De um modo geral, podemos considerar que, sempre que o funcionário pratique um acto com ligações directas ao exercício do cargo que dispõe, das quais resultem uma violação de uma legítima confiança depositada neste – pela pessoa colectiva pública, dirigentes ou superiores hierárquicos – o acto deverá

¹⁹⁸ AMADO, João Leal - **Contrato de Trabalho**. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 386.

ser qualificado como corrupção própria, sendo um dever funcional que só a partir da interação com outros deveres funcionais se pode aferir o seu exacto âmbito.

Por exemplo, o acto poderá se subsumir a declarações públicas que traíam essa confiança depositada (v.g. o funcionário ser subornado para colocar publicamente em causa a competência, objetivos, interesses ou ações da pessoa colectiva a que pertence ou do seu superior hierárquico) ou simples quebras de violação de um dever de sigilo profissional.

5.9. O dever de prossecução do interesse público

O dever de prossecução do interesse público, segundo o art.º 73.º, n.º 3 da LGTFP, consiste na sua defesa, no respeito pela Constituição, pelas leis e pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, conceito, esse, semelhante ao consagrado no art.º 266.º, n.º 1 da CRP.

Tal como as pessoas coletivas públicas, também todos os funcionários estão individualmente onerados a prosseguir o interesse público no exercício das suas funções. Este é um dever que tem que estar sempre na mente do funcionário no exercício do seu cargo.

A concreta definição do que corresponde ao interesse público, num caso concreto – como já foi feita menção ao abordar o cargo público – poderá ser uma tarefa difícil. Porém, na maioria dos casos, a resposta passará pela aferição de se o funcionário exerceu as suas funções de forma a cumprir as atribuições conferidas à pessoa coletiva pública em que se insere e se actuou dentro da sua esfera de competências, seguindo os objectivos especificamente previstos para o seu cargo em concordância com o ordenamento jurídico e tomando a melhor decisão possível.

Também a aferição de se o Estado e a população em geral foi, ou não, manifestamente lesada pela conduta do funcionário, pode ser essencial para aferir se existiu uma real prossecução do interesse público. Se for óbvio para

qualquer pessoa que o acto praticado pelo funcionário em nada serviu o interesse público fica clara a existência de um desvio dos poderes.

Note-se que, no caso da corrupção passiva, este dever não se mistura com opções de natureza política – onde o interesse público está, por vezes, associado a uma determinada doutrina política – nem com atos praticados pelo funcionário em que este estava realmente convicto de que a sua prática se tratava de uma boa decisão para o interesse público, mas que, na realidade, as consequências foram nefastas.

Na verdade, só nos interessam realmente dois tipos de atos no estudo da corrupção passiva onde o dever de prossecução do interesse público é chamado à colação: os atos que foram praticados mediante suborno, que lesam o interesse público, e os atos praticados, mediante suborno, que não o lesam.

Como já foi referido, o interesse público deve ser prosseguido no pleno respeito pelo ordenamento jurídico vigente. Isto significa o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, através de uma atuação plenamente legal. Isto é, sem padecer de qualquer vícios. Também, no que concerne ao dever de boa administração, a prossecução do interesse público deve ser feita da forma mais eficiente possível.

Baseando-nos nesses dois parâmetros, o critério de aferição de violação deste dever, para efeitos de corrupção passiva, é simples. Se o suborno implicar que o ato praticado pelo funcionário é, de alguma forma, diferente do que seria, se não existisse suborno, de forma a lesar a pessoa coletiva pública, ou contrariar o ordenamento jurídico, o dever de prossecução do interesse público foi violado, sendo, por conseguinte, o ato qualificado como corrupção própria. Caso contrário, inexistindo qualquer divergência da forma da prática do acto ou a violação de normas jurídicas, estaremos perante corrupção imprópria.

5.10. O dever de imparcialidade

O dever de imparcialidade é definido, pelo art.º 73,º n.º 5 da LGTFP, como o dever de desempenhar as funções com equidistância, relativamente aos interesses com que seja confrontado, sem discriminar positiva ou negativamente qualquer deles, na perspetiva do respeito pela igualdade dos cidadãos.

Assim, “o princípio da imparcialidade é entendido, como a proibição de um funcionário público tirar vantagens da sua posição de forma a beneficiar ilicitamente a si próprio ou terceiros, em detrimento da comunidade, no seu sentido positivo, significará a obrigação da administração proceder, identificar e avaliar com equidistância e pesagem adequada de todos os interesses envolvidos no procedimento administrativo, de forma a chegar a uma decisão final exclusivamente de acordo com o critério do melhor interesse público.”¹⁹⁹

“A imparcialidade não é condição suficiente, mas condição necessária de uma atuação conforme à lei e ao Direito, por parte da Administração Pública. O princípio da imparcialidade é um princípio procedimental. Constitui, em conjunto com o princípio da audiência dos interessados e do princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais, a base nuclear da ideia de justo procedimento (processo equitativo).”²⁰⁰

Este é, pois, um dever funcional essencial para o exercício de quaisquer funções públicas, não sendo admissível que uma decisão do titular do cargo pública seja afetada por quaisquer favorecimentos, devido a circunstâncias da vida privada.

Num plano abstrato, qualquer ato de corrupção passiva constitui, na maioria das vezes, uma quebra do dever de imparcialidade, geralmente também ligado a um dever de igualdade de todos os cidadãos, perante a Administração Pública.

¹⁹⁹ GUERRINI, Roberto, GUIDI, Dário - Bribery in Italy: an outlook on present laws and perspectives on reform, *in*: **Modern Bribery Law: Comparative Perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013 p. 101.

²⁰⁰ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - Ob Cit., 2007, Tomo III, p. 595.

Sempre que é oferecida ao funcionário uma determinada quantia indevida, para a prática de um ato, é quase certo que o mesmo irá demonstrar uma maior atenção e, eventualmente, favorecer o interessado, ainda que parcial ou acessoriamente, na prática daquele ato em concreto – seja o próprio ato, aparentemente, lícito ou ilícito, na perspectiva de violação dos restantes deveres funcionais.

Deste modo, como é entendível, uma posição extremada na defesa deste dever de imparcialidade levaria a que qualificássemos, praticamente, qualquer ato de corrupção passiva, como violador dos deveres inerentes ao cargo – visto ser certo que a imparcialidade do funcionário é sempre posta em causa em casos de corrupção passiva – enquadrando-a como corrupção própria. Tal posição não faria o menor sentido, levando em conta a distinção, feita pelo legislador, entre corrupção própria e imprópria.

Note-se que o Guia Explicativo sobre Corrupção e Crimes Conexos, do Ministério da Justiça, dá como exemplo um ato de corrupção imprópria o caso do funcionário de uma Conservatória que recebe um presente, por proceder à inscrição de um determinado acto sujeito a registo, desrespeitando a ordem de entrada dos pedidos, beneficiando, dessa forma, aquele que lhe ofereceu o presente.²⁰¹

Nesta situação, os pedidos que o funcionário decidiu deixar para trás foram atrasados e, conseqüentemente, todos aqueles que os requereram foram prejudicados, em termos de uma estrita justiça de igualdade de tratamento.

Também é certo que, se existiu um tratamento desigual e parcial no processo de inscrição do corruptor, em relação aos restantes, isto poder-nos-ia levar a questionar sobre a razão de qualificar este ato como corrupção imprópria, visto que, ao existir alguma parcialidade discricionária no procedimento, é posta em causa, a imparcialidade que um funcionário público deve manter no exer-

²⁰¹ Guia Explicativo sobre Corrupção e Crimes Conexos, do Ministério da Justiça, Edição do Gabinete para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação do Ministério da Justiça (GRIEC). Lisboa: Artes gráficas LDA, de Janeiro de 2007, p. 12. Disponível em: <URL: http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/publicacoes/prevenir-a-corrupcao/downloadFile/file/Prevenir_a_Corrupcao.pdf>.

cício do cargo – consistindo no dever de tratar com a mesma dedicação todos os atos que lhe caibam praticar.

Assim, baseando-nos apenas nesta argumentação, poderíamos entender que existiu uma violação dos deveres do cargo.

Porém, a resposta correta – tendo em conta o regime instituído pelo legislador – parece-nos passar, antes, pela necessidade de existir uma verificação da violação efetiva do dever de imparcialidade, durante o procedimento ou devido à prática de um ato exequível de lesar efetivamente um interessado.

Ora vejamos. Utilizando o exemplo ora referido, e partindo dos pressupostos que o corruptor poderia legitimamente efetuar o registo (querendo tão-só acelerar a prática do ato com o suborno), de que o corrupto praticou o ato, embora de forma mais célere, seguindo exactamente os mesmos parâmetros que utilizaria, caso não tivesse sido subornado, não existiu, para os outros utentes, em princípio, uma real lesão no seus pedidos, visto não existir qualquer relação entre eles.

É certo, como já foi referido, que, em teoria, os utentes foram prejudicados, pois os seus registos deveriam ter sido feitos antes dos do corruptor. Porém, caso o funcionário não seja também subornado para se recusar a inscrever os registos dos outros utentes, não se vislumbra uma violação efetiva de deveres do cargo, de forma a definir a situação como corrupção própria.

De igual forma, também o interesse público não é lesado na situação de o funcionário proceder à inscrição de um registo que tinha o dever de o fazer.

Como já foi dito, qualquer caso de corrupção já envolve, em si, na maioria das vezes, uma violação do princípio da imparcialidade. E, neste caso, o comportamento do funcionário constitui um caso claro de corrupção passiva. No entanto, não faria sentido utilizar o dever de imparcialidade, nestas hipóteses, para classificar o caso como corrupção própria e, consequentemente, aplicar uma pena mais severa ao autor.

Existem, contudo, situações em que a violação o dever de imparcialidade se revela como essencial, para ser possível a qualificação do ato praticado como corrupção própria. Mais concretamente, quando existe, no próprio procedimento, uma violação efetiva do dever da imparcialidade para com outros interessados.

O caso mais exemplificativo é o de um concurso público, onde o funcionário seja subornado para agir parcialmente, beneficiando uma parte em detrimento das restantes. Aí, ocorre uma violação material do princípio da imparcialidade, que é, aliás, igualmente contrário ao próprio interesse público.

Para além destas hipóteses, também nas situações em que – embora o ato para qual o funcionário foi subornado seja lícito, a sua prática cause uma intolerável lesão aos direitos e garantias dos restantes lesados – nos parece ser possível a qualificação como um ato que lese os deveres inerentes ao cargo, podendo, pois, ser classificado como corrupção própria.

Damos como exemplo o caso de uma professora que foi subornada por um pai de um aluno, para dar uma atenção especial ao seu filho, de forma a ajudá-lo a perceber melhor a matéria ensinada. Este é um caso claro de corrupção imprópria, visto que ajudar um aluno com dificuldades coincide inteiramente com os deveres funcionais da funcionária.

Porém, se a professora para a prática deste ato, descuida de tal forma o seu dever de ensinar devidamente os restantes alunos, já ocorrerá uma violação efectiva do dever de imparcialidade, pelo que poderemos definir a situação como corrupção própria.

Em conclusão, sempre que exista uma parcialidade efectiva, na prática do ato por parte do funcionário que afete os direitos de interessados no processo ou o próprio interesse público, a violação do dever de imparcialidade deve ser entendida como integrada na expressão “contrário ao deveres do cargo”, prevista no art.º 373.º do CP.

Por outro lado, quando essa parcialidade não ponha em causa quaisquer direitos de outros interessados no processo ou o próprio interesse público, nem o ato seja praticado, propositadamente, de forma a prejudicar outros processos sob alçada do funcionário, o dever de imparcialidade deve ser entendido, apenas, como violado para aplicação do crime de corrupção imprópria e não integrado na expressão “contrário aos deveres do cargo”, prevista no art.º 373.º do CP.

6. O regime de conflito de interesses português

6.1. Considerações sobre o regime geral e a CRP

O regime de conflito de deveres português optou por um sistema baseado na exclusividade do exercício da função pública e na consagração de vários impedimentos, designadamente, inelegibilidades e incompatibilidades, tanto no exercício de um cargo público como após a cessação de funções.

Para além destes instrumentos, o sistema opta, também, por recorrer à prestação e registo obrigatório de declarações de interesses por parte dos titulares de cargos como forma de indentificação de possíveis interesses que possam entrar em conflito com o exercício do cargo.

Quanto a instrumentos de resolução, estes passam fundamentalmente pelo afastamento do titular do cargo do processo de decisão em que exista um conflito ou, caso o conflito torne insustentável o exercício integral do cargo, pela sua suspensão ou demissão.

Na CRP estão expressamente consagrados alguns desses impedimentos, v.g. art.º 117.º, n.º 2, para generalidade dos titulares de cargos políticos; arts. 150.º, 154.º, n.º 2 e 160.º, n.º 1, al. a), para os deputados à Assembleia da República; e arts. 216.º, n.º 3, 4 e 5, para os juízes.

Refira-se que, embora a CRP preveja restrições ao acesso e ao exercício de cargos públicos, ressalva, no art.º 47.º, n.º 2, que o acesso à função pública só pode ser restringido com fundamento no interesse público ou na capacidade da pessoa. Também no seu art.º 50º, n.º 3, no que se refere ao acesso a cargos electivos, a Constituição prevê que tais impedimentos devem estar previstos na lei, e não em qualquer regulamento ou acto administrativo, e apenas para estabelecer as inelegibilidades necessárias a fim de garantir a liberdade da escolha dos eleitores, bem como a isenção e a independência no exercício dos respectivos cargos.²⁰²

A CRP consagra, ainda, expressamente, no art.º 269.º, n.º 1, o princípio da exclusividade do exercício de funções públicas para a generalidade dos

²⁰² Ver: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - Ob. Cit., 2007, Tomo I, p. 475 a 478.

empregos e cargos públicos, sendo os titulares destes obrigados a actuar no estrito prosseguimento do interesse público (princípio assente no art.º 266.º).

No n.º 4 daquele preceito, é proibida a acumulação de empregos ou cargos públicos, salvo nos casos expressamente admitidos por lei. Já o n.º 5 admite a possibilidade da lei ordinária, prever as incompatibilidades entre o exercício de empregos ou cargos públicos e o de outras actividades.

O legislador consagrou estas incompatibilidades e regimes de exclusividade, na Lei n.º 35/2014, de 20.6, para a generalidade dos trabalhadores em funções públicas, e, na Lei n.º 64/93, de 26.8, para os órgãos de soberania, para os titulares de outros cargos políticos ou de altos cargos públicos.

Para além destes regimes gerais, existe legislação com regimes específicos para certos cargos públicos. Note-se, no entanto, que nestes regimes específicos é comum aplicar-se, subsidiariamente, em tudo o que não seja especialmente regulado por normas específicas, o regime geral.

6.2. A Lei n.º 64/93

Analisemos esta legislação, começando pela Lei n.º 64/93.

No n.º 2 do art.º 1.º deste diploma, são considerados cargos políticos: os Ministros da República para as Regiões Autónomas; os Membros dos Governos Regionais; o Provedor de Justiça; o Presidente e o Vereador a tempo inteiro das câmaras municipais; e o Deputado ao Parlamento Europeu. (Note-se que também todos os titulares de cargos em órgãos de soberania estão abrangidos por este regime).

O art. 2.º procede à extensão deste regime aos titulares de altos cargos públicos, sendo este conceito definido pelo art.º 3º, n.º 1, al. c) como o membro em regime de permanência e a tempo inteiro da entidade pública independente, prevista na Constituição ou na lei.

O regime de exclusividade é estabelecido no art. 4.º, sendo o exercício do cargo incompatível com quaisquer outras funções profissionais, remuneradas ou não, bem como a integração em corpos sociais de quaisquer pessoas colectivas

de fins lucrativos. São ressalvadas, pela parte final do n.º 1, as excepções previstas no Estatuto dos Deputados à Assembleia da República e, ainda, no art.º 6.º.

Também o n.º 3 do art.º 4.º, permite a acumulação com funções ou actividades derivadas do cargo e as que são exercidas por inerência, e, no art.º 7.º n.º 2, com actividades de docência no ensino superior e de investigação, bem como as inerências a título gratuito.

Para além do exercício de funções renumeradas, o art.º 8.º impede a participação em concursos de fornecimento de bens ou serviços, no exercício de actividade de comércio ou indústria, em contratos com o Estado e demais pessoas colectivas públicas, de empresas, cujo capital seja detido numa percentagem superior a 10%, pelo próprio titular, pelo cônjuge ou pela pessoa com quem viva em união de facto, e pelos ascendentes ou descendentes, em qualquer grau, e pelos colaterais até ao 2.º grau.

Por força do n.º 2, al. b), este regime é aplicado nos casos em que esta percentagem seja detida, directa ou indirectamente, por qualquer das pessoas enunciadas ou conjuntamente entre elas.

Para além deste impedimento, na área da contratação pública, o art.º 9.º-A, n.º 1, proíbe, igualmente, os titulares que, nos últimos três anos anteriores à data da investidura no cargo, tenham detido, nos termos do art.º 8.º, igual percentagem de capital numa empresa ou tenham integrado corpos sociais de quaisquer pessoas colectivas de fins lucrativos, de intervir em concursos ou em quaisquer outros procedimentos administrativos, susceptíveis de gerar dúvidas sobre a isenção ou rectidão da sua conduta.

Ressalva-se, no n.º 2, os casos em que a ora referida participação em cargos sociais das pessoas colectivas tenha ocorrido por designação do Estado ou de outra pessoa colectiva pública.

Já o art.º 9.º impede os titulares dos cargos de servirem de árbitro ou de perito, a título gratuito ou remunerado, em qualquer processo em que seja parte o Estado, e as demais pessoas colectivas públicas, mantendo-se este impedimento, nos termos do n.º 2.º, até ao termo do prazo de um ano, após a cessação de funções.

Por força do art.º 10.º, n.º 3, a violação do disposto nos arts. 4.º, 8.º e 9.º, implica para os titulares de cargos electivos, com a excepção do Presidente da República, a perda do respectivo mandato e, para os titulares de cargos de natureza não electiva, com a excepção do Primeiro-Ministro, a demissão. Já aos titulares de altos cargos públicos, é aplicável o art.º 13.º, n.º 2, implicando a infração ao disposto nos arts. 7.º e 9.º causa de destituição judicial.

Por fim, segundo o art.º 14.º, a infracção ao disposto nos arts. 8.º, 9.º e 9.º determina a nulidade dos actos praticados e, no caso do n.º 2 do art.º 9.º, a inibição para o exercício de funções em altos cargos públicos, pelo período de três anos.

6.3. A Lei n.º 35/2014.

O regime aplicável ao comum funcionário público é o consagrado na Lei n.º 35/2014, de 20.6.

Os arts. 19.º e 20.º estabelecem, em lei ordinária, os princípios da exclusividade e da estrita prossecução do interesse público no exercício de funções públicas. Embora o princípio da prossecução do interesse público não admita quaisquer excepções, o mesmo não se passa com o da exclusividade, sendo possível, nos termos do art.º 23.º, ao trabalhador em funções públicas requerer, aos seus superiores hierárquicos, uma autorização prévia para acumulação de funções.

Esse requerimento deverá incluir as indicações constantes no n.º 2, tais como: a justificação do manifesto interesse público na acumulação e/ou da inexistência de conflito com as funções públicas, quando aplicável, bem como um compromisso de cessação imediata da função ou atividade acumulada, no caso de ocorrência superveniente de conflito.

Note-se que esta autorização não deve ser concedida de ânimo leve, pois, por força do n.º 3, recaem, sobre os titulares dos cargos dirigentes, os deveres de verificar a existência de situações de acumulação de funções não autorizadas e de fiscalizar o cumprimento das garantias de imparcialidade no desempenho de funções públicas, sob pena de cessação da respectiva comissão de serviço

Para a acumulação de funções públicas ou privadas, será necessário, além da necessidade de autorização prévia, que essa acumulação não viole o disposto nos arts. 21.º a 24.º.

O art.º 21.º define o regime de acumulação com outras funções públicas, permitindo a acumulação com outras, não remuneradas, desde que estas revistam manifesto interesse público, e das remuneradas, desde que a acumulação, para além do cumprir o critério acima mencionado, se encontre prevista numa das alíneas taxativas do artigo (v.g. a participação em comissões, conselhos consultivos, grupos de trabalho, atividades de docência ou de investigação).

Quanto à acumulação com atividades privadas, o art.º 22.º, n.º 1, proíbe expressamente a acumulação com atividades privadas, exercidas em regime de trabalho autónomo ou subordinado, com ou sem remuneração, concorrentes, similares ou conflituantes com as funções públicas.²⁰³

Para ser admitida a acumulação, é necessário que actividade privada cumpra os critérios assentes no n.º 3, tais como: o da não sobreposição do horário entre funções; o não comprometimento da isenção e imparcialidade do titular do cargo, nem do interesse público ou dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Para além disso, por força dos n.ºs 4 e 5, os trabalhadores nunca poderão, em qualquer caso, praticar atos contrários aos interesses do serviço a que pertencem ou com eles conflituantes, sob pena de revogação da autorização para acumulação de funções, constituindo, ainda, tal comportamento uma infração disciplinar grave.

Por fim, o art.º 24.º, estabelece algumas proibições específicas, segundo as quais os trabalhadores em funções públicas estão proibidos de prestar a terceiros, por si ou por interposta pessoa, em regime de trabalho autónomo ou subordinado, serviços no âmbito do estudo, preparação ou financiamento de projetos, candidaturas ou requerimentos que devam ser submetidos à sua apreciação ou decisão ou à de órgãos ou serviços colocados sob sua direta influência; bem

²⁰³ Consideram-se, nos termos do n.º 2, concorrentes, similares ou conflituantes com as funções públicas as atividades privadas que, tendo conteúdo idêntico ao das funções públicas desempenhadas, sejam desenvolvidas de forma permanente ou habitual e se dirijam ao mesmo círculo de destinatários.

como, por aplicação do n.º 2, de beneficiar, pessoal e indevidamente, de atos ou tomar parte em contratos em cujo processo de formação intervenham órgãos ou unidades orgânicas colocados sob sua direta influência.²⁰⁴

Estas proibições são, ainda, aplicadas, nos termos do n.º 4, al. a), caso alguma das situações envolva o cônjuge não separado de pessoas e bens ou pessoa com quem viva em união de facto, ascendentes e descendentes, em qualquer grau, e colaterais até ao segundo grau.

Já a al. b), equipara a sociedade ao trabalhador, caso este detenha 10% do capital, direta ou indiretamente, por si mesmo ou conjuntamente com as pessoas referidas na alínea anterior.

Nos termos do n.º 6, os trabalhadores deverão comunicar a existência destas situações ao respetivo superior hierárquico, antes de tomadas as decisões, praticados os atos ou celebrados os contratos referidos nos n.ºs 1 e 2.

Por fim, o n.º 7 manda aplicar, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 51.º do CPA, sobre quais nos debruçaremos adiante.

6.4. Impedimentos, escusas, recusas e suspeições, no CPA e no CPP

Analisemos, agora, os impedimentos, escusas, recusas e suspeições vigentes no CPA, CPP e CPC, de forma a termos um entendimento do regime de afastamento do titular do cargo vigente no ordenamento jurídico português.

Existem dois tipos de circunstâncias que podem levar o titular do cargo a ser afastado de um processo ou de um procedimento concreto: os impedimentos e as suspeições.

Quanto aos impedimentos, estes estão expressamente previstos na lei, onerando o próprio funcionário com o dever de revelar a sua existência aos ór-

²⁰⁴ São considerados colocados sob direta influência do trabalhador, nos termos do n.º 3, os órgãos ou serviços que: a) Estejam sujeitos ao seu poder de direção, superintendência ou tutela; b) Exerçam poderes por ele delegados ou subdelegados; c) Tenham sido por ele instituídos, ou relativamente a cujo titular tenha intervindo como representante do empregador público, para o fim específico de intervir nos procedimentos em causa; d) Sejam integrados, no todo ou em parte, por trabalhadores por ele designados; e) Cujo titular ou trabalhadores neles integrados tenham, há menos de um ano, sido beneficiados por qualquer vantagem remuneratória, ou obtido menção relativa à avaliação do seu desempenho, em cujo procedimento ele tenha tido intervenção; f) Com ele colaborem, em situação de paridade hierárquica, no âmbito do mesmo órgão ou serviço.

gãos competentes, bem como o dever de suspender a sua intervenção no processo, enquanto não é tomada uma decisão definitiva.

Os impedimentos podem variar consoante a natureza das funções especificamente exercidas, existindo, no entanto, situações que constituem impedimentos comuns à generalidade dos cargos públicos, v.g. a existência de uma relação familiar entre um interessado ou parte e o titular do cargo público.

Este é um regime de enumeração taxativa, não contendo lacunas que devam ser integradas por analogia. Por outro lado, também não estamos a tratar de impedimentos genéricos ao exercício do cargo, mas, sim, da sua capacidade específica, “a qual aqui se consubstancia na inexistência de motivo particular e especial que iniba o juiz de exercer a respectiva função num determinado caso com imparcialidade.”²⁰⁵

Já as suspeições, ao contrário dos impedimentos, podem não se encontrar tipificadas expressamente na lei, como acontece, por exemplo, no art.º 43.º, n.º 1 do CPP – onde é utilizada uma fórmula ampla, que abrange todos os motivos sérios e graves, adequados a gerar desconfiança sobre a imparcialidade do juiz – e, no art.º 73.º do CPA, cujas alíneas são meramente exemplificativas.

Note-se que, ao contrário dos impedimentos – em que a existência de uma situação prevista numa das alíneas é suficiente, por si só, para afastar o titular do cargo daquele processo em específico – não basta enunciar uma qualquer relação de ligação entre o titular do cargo e o interessado, para pôr em causa a sua imparcialidade. “Não podem ser razões menores, quantas vezes fruto de preconceitos, quando não de razões pessoais sem qualificação, mas sim razões objectivas que se coloquem de forma séria. Fundamental é a formulação de um juízo hipotético baseado na percepção que um cidadão médio sobre o reflexo na imparcialidade do julgador daquele facto concreto.”²⁰⁶

De facto, e fazendo recurso do regime de suspeições aplicado aos juízes, pode dizer-se que o fundamento básico de escusa “consiste em o mesmo poder ser considerado suspeito, por existir motivo sério e grave, adequado a gerar

²⁰⁵ Acórdão do STJ, de 9.12.2010, Proc.º n.º 1454/12.8PAALM-A.L1-A.S.

²⁰⁶ Acórdão do STJ, de 20.10.2010, Proc.º n.º 140/10.8YFLSB. V. tb. comentário e jurisprudência do TEDH, referida em ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 4.ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2011, p. 127 e ss.

desconfiança sobre a sua imparcialidade. Para a sua correcta processualização, haverá, porém, que alegar sempre factos concretos que possam alicerçar tal desconfiança e indicar as normas legais aplicáveis que fundamentam a recusa.”²⁰⁷

De igual forma, o TEDH “entende que a imparcialidade deve apreciar-se de um duplo ponto de vista: aproximação subjectiva, destinada à determinação da convicção pessoal de tal juiz em tal ocasião; e também, segundo uma apreciação objectiva, isto é se ele oferece garantias bastantes para excluir a este respeito qualquer dúvida legítima. (...) O TEDH tem entendido que a imparcialidade se presume até prova em contrário; e que, sendo assim, a imparcialidade objectiva releva essencialmente de considerações formais e o elevado grau de generalização e de abstracção na formulação de conceito apenas pode ser testado numa base rigorosamente casuística, na análise *in concreto* das funções e dos actos processuais do juiz.”²⁰⁸

Em conclusão, num caso de suspeição, caberá ao órgão competente avaliar se, por um lado, o titular do cargo têm condições subjectivas para manter a imparcialidade ou se demonstrou ter algum interesse na causa, e, por outro, condições objectivas para que aqueles que fiquem vinculados à decisão do funcionário e a população em geral, têm motivos para pôr em causa a imparcialidade do processo de decisão.

Feita esta distinção, analisemos o regime previsto no CPA.

6.4.1. O Código de Processo Administrativo

O CPA consagra, no art.º 69.º, n.º 1, al.s a) a c), um leque de impedimentos para a generalidade dos funcionários, estando os mesmos proibidos de intervir em procedimento, ato administrativo ou contrato de direito público ou privado da Administração Pública, quando por si, como representante ou como gestor de negócios de outra pessoa tenha interesse nele ou em questão semelhante à que deva ser decidida o próprio titular, o seu cônjuge ou pessoa com quem viva em condições análogas às dos cônjuges, algum parente ou afim em linha reta ou até ao segundo grau da linha colateral, bem como qualquer pessoa

²⁰⁷ Acórdão do STJ, de 13.2.2013, Proc.º 1475/11.8TAMTS.P1-A.S1.

²⁰⁸ Acórdão do STJ, de 20.10.2010, Proc.º 140/10.8YRLSB.

com quem vivam em economia comum ou com a qual tenham uma relação de adoção, tutela ou apadrinhamento civil.

Nos termos das al. d) e e), o titular do cargo está também proibido de intervir nos procedimentos em que este ou as pessoas acima mencionadas, tenham já intervindo no procedimento como perito ou mandatário ou hajam dado parecer sobre a questão a resolver. De igual forma, a al. f), impede-o de intervir nos recursos de decisão proferida, por si ou com a sua intervenção, ou proferida por qualquer das pessoas referidas na al. b) ou com intervenção destas.

O n.º 2 do mesmo preceito exclui do número anterior: as intervenções que se traduzam em atos de mero expediente, designadamente atos certificativos; a emissão de parecer, na qualidade de membro do órgão colegial competente para a decisão final, quando tal formalidade seja requerida pelas normas aplicáveis e a pronúncia do autor do ato recorrido, nos termos do n.º 2 do art.º 195.º

Já os n.ºs 3 a 5 vedam a prestação de serviços de consultoria, ou outros, a favor do responsável pela respetiva direção ou de quaisquer sujeitos públicos da relação jurídica procedimental, por parte de entidades relativamente às quais se verifique qualquer das situações previstas no n.º 1, ou que hajam prestado serviços, há menos de três anos, a qualquer dos sujeitos privados participantes na relação jurídica procedimental, devendo as entidades prestadoras de serviços no âmbito de um procedimento juntar uma declaração de que se não encontram abrangidas pela previsão do número anterior.²⁰⁹

No que se refere ao processo de declaração de impedimentos, por aplicação do art.º 70.º, n.º 1, deve ser o próprio funcionário a comunicar a existência do impedimento ao respetivo superior hierárquico ou ao presidente do órgão colegial, competindo a este, pelo n.º 4, conhecer da existência do impedimento e declará-lo. Esta comunicação é obrigatória e, nos termos do art.º 76.º, n.º 2, o não cumprimento deste dever constitui falta grave para efeitos disciplinares. Por força do n.º 3, até ser proferida a decisão definitiva ou praticado o ato, qualquer

²⁰⁹ Sempre que a situação de incompatibilidade prevista no n.º 3 ocorrer já após o início do procedimento, deve a entidade prestadora de serviços comunicar desde logo o facto ao responsável pela direção do procedimento e cessar toda a sua atividade relacionada com o mesmo. Caso contrário, por força do art.º 76.º, n.º 3, esta terá de indemnizar a Administração Pública e terceiros de boa-fé pelos danos resultantes da eventual anulação do ato ou contrato.

interessado pode também requerer a declaração do impedimento, especificando as circunstâncias de facto que constituam a sua causa.

Nos termos do art.º 71.º, após a comunicação da existência do impedimento ou do conhecimento do requerimento de declaração do mesmo, o titular do órgão deverá suspender a sua actividade no procedimento até à decisão do incidente, salvo determinação em contrário de quem tenha o poder de proceder à respetiva substituição, devendo tomar todas as medidas que forem inadiáveis em caso de urgência ou de perigo, as quais carecem, todavia, de ratificação pela entidade que os substituir.

Após a decisão do órgão competente e declarado o impedimento, o art.º 72.º, n.º 1 estatui que o impedido seja imediatamente substituído no procedimento pelo respetivo suplente, salvo se houver avocação pelo órgão competente para o efeito. Tratando-se de órgão colegial, se não houver ou não puder ser designado suplente, o órgão funciona sem o membro impedido.²¹⁰

Para além destes impedimentos, existe ainda a hipótese de o titular do cargo público poder ser afastado por escusa ou suspeição, nos termos do art.º 73.º, quando ocorram circunstâncias pelas quais se possa com razoabilidade duvidar seriamente da imparcialidade da sua conduta ou decisão, sendo expressos, nas suas várias alíneas, alguns exemplos de situações que poderão levar ao afastamento do funcionário.

Estas incluem, entre outras eventuais interesses no procedimento, por parte do titular, seus familiares ou pessoa com quem viva em união de facto de: situações de crédito ou débito, recebimento de dádivas, relações de inimizade grave ou grande intimidade com um interessado no procedimento, pendência de ações em juízo, etc.

O procedimento em caso de suspeição está expresso nos artigos art.º 74 a 76.º é emelhante ao aplicável em caso de impedimento.

Segundo o art.º 76.º, n.º 1, são anuláveis, nos termos gerais, os atos ou contratos em que tenham intervindo titulares de órgãos ou agentes impedidos ou

²¹⁰ Nos termos do n.º 2, tratando-se de órgão colegial, se não houver ou não puder ser designado suplente, o órgão funciona sem o membro impedido.

em cuja preparação tenha ocorrido prestação de serviços à Administração Pública, em violação do disposto nos n.ºs 3 a 5 do art.º 69.º.

Por fim, resta-nos ressaltar que, independentemente de todo este procedimento, segundo o n.º 4 do art.º 76.º, a falta ou a decisão negativa sobre a dedução da suspeição não prejudica a invocação da anulabilidade dos atos praticados ou dos contratos celebrados, quando do conjunto das circunstâncias do caso concreto resulte a razoabilidade de dúvida séria sobre a imparcialidade da atuação do órgão, revelada na direção do procedimento, na prática de atos preparatórios relevantes para o sentido da decisão ou na própria tomada da decisão.

6.4.2. O Código de Processo Penal

Também o CPP prevê normas que visam resolver conflitos de interesses que surjam no decurso de um processo penal.

Começando por um impedimento territorial, o art.º 23.º estatui que, se num processo for ofendido pessoa com a faculdade de um magistrado se constituir assistente ou parte civil, e para o processo devesse ter competência o tribunal onde o magistrado exerce funções, é competente o tribunal da mesma hierarquia ou espécie com sede mais próxima, salvo tratando-se do Supremo Tribunal de Justiça.²¹¹

Os impedimentos aplicáveis ao juiz, estão consagrados no art.º 39º, n.º 1, não podendo exercer a sua função num processo penal: a) Quando for, ou tiver sido, cônjuge ou representante legal do arguido, do ofendido ou de pessoa com a faculdade de se constituir assistente ou parte civil ou quando com qualquer dessas pessoas viver ou tiver vivido em condições análogas às dos cônjuges; b) Quando ele, ou o seu cônjuge, ou a pessoa que com ele viver em condições análogas às dos cônjuges, for ascendente, descendente, parente até ao 3.º grau, tutor ou curador, adoptante ou adoptado do arguido, do ofendido ou de pessoa com a faculdade de se constituir assistente ou parte civil ou for afim destes até

²¹¹ Segundo o Acórdão do STJ de Fixação de Jurisprudência n.º 6/2005: “É competente o tribunal da mesma hierarquia ou espécie com sede na circunscrição mais próxima, ainda que na circunscrição judicial onde aquele magistrado exerce funções existam outros juízes ou juízos da mesma hierarquia e espécie.” Sobre este tema, v. tb. o Ac. TRL, de 22.5.2003, Proc.º n.º 8136/2002-3.

àquele grau²¹²; c) Quando tiver intervindo no processo como representante do Ministério Público, órgão de polícia criminal, defensor, advogado do assistente ou da parte civil ou perito, não sendo feita referência ao juiz que deu um parecer jurídico relativamente ao mesmo processo²¹³; d) Quando, no processo, tiver sido ouvido ou dever sê-lo como testemunha.²¹⁴

De igual forma, o n.º 2, impede o juiz de exercer as suas funções nos processos em que este se tiver sido oferecido como testemunha, caso este declare, sob compromisso de honra, por despacho nos autos, que tem conhecimento de factos que possam influir na decisão da causa e, o n.º 3, de exercer funções no mesmo processo, caso o seu cônjuge, pessoa com quem viva em união de facto, parente ou afim até ao 3.º grau, intervenha também no processo.

Por sua vez, o art.º 40.º impede o juiz de intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativos a processo em que tiver: a) Aplicado medida de coacção prevista nos arts. 200.º a 202.º²¹⁵, não constituindo impedimento se manteve as medidas de coacção aplicadas por outro juiz; b) Presidido a debate instrutório; c) Participado em julgamento anterior; d) Proferido ou participado em decisão de recurso anterior que tenha conhecido, a final, do objeto do processo, de decisão instrutória ou de decisão a que se refere a alínea a), ou proferido ou participado em decisão de pedido de revisão anterior; e) Recusado o arquivamento em caso de dispensa de pena, a suspensão provisória ou a forma sumaríssima por discordar da sanção proposta.²¹⁶

Paulo Albuquerque considera este artigo inconstitucional, por violação do art.º 32.º, n.º 5, da CRP, visto que o art.º 40.º não proíbe totalmente o juiz,

²¹² Como Paulo Albuquerque refere, em ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2011, p. 122 e 123, não estão incluídas, nas alíneas a) e b), as relações entre o juiz e o magistrado do MP, do advogado do arguido e do assistente, podendo, no entanto, serem motivo para a escusa ou recusa do juiz.

²¹³ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2011, p. 123.

²¹⁴ Nos termos do n.º 2 do art.º, se o juiz tiver sido oferecido como testemunha, declara, sob compromisso de honra, por despacho nos autos, se tem conhecimento de factos que possam influir na decisão da causa. Em caso afirmativo verifica-se o impedimento; em caso negativo deixa de ser testemunha.

²¹⁵ Para um estudo da aplicação deste impedimento, v. Acórdão do TRC, de 25.6.2008, Proc.º n.º 1522/02.4TACBR.C1 e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2011, p. 124 e ss.

²¹⁶ Segundo o Acórdão do TRC, de 18.9.2013, Proc.º n.º 279/10.0PBCTB.C1, esta expressão incluirá, também, os casos em que o juiz tenha discordado da sanção proposta e fixado uma sanção alternativa.

que proferiu uma decisão recorrível, de intervir num recurso relativo a essa decisão.²¹⁷

Todas as hipóteses deste artigo têm como elemento comum a intervenção anterior do juiz no processo. Ou seja, a intervenção em fase anterior do processo, servindo, assim, para impedir que o decisor não seja influenciado ou tenha juízos formulados previamente ao julgamento.²¹⁸

Uma questão – aliás, recorrente na Jurisprudência –, é a da correta interpretação da al. c) do art.º 40.º, quando o arguido tenta afastar um juiz, que, tendo intervindo no seu processo, tenha dado uma decisão desfavorável aos seus interesses.

Antes de mais, há que referir que as duas intervenções referidas no artigo ocorrem no mesmo processo.²¹⁹, não estando o juiz impedido de intervir no julgamento de uma acção cível anterior, mesmo que o arguido seja parte naquela acção cível e a questão fáctica debatida é a mesma²²⁰ ou na repetição de actos no mesmo processo – i.e. no julgamento realizado na mesma instância – ou a repetição de actos anulados pelo próprio julgador.

Paulo Albuquerque sustenta, embora não concordando com a opção do legislador, que “o juiz que participou em julgamento anterior, fica impedido, quer o novo julgamento se deva à nulidade da sentença, quer se deva a anulação do julgamento anterior, quer o tribunal de recurso tenha reenviado o processo para novo julgamento nos termos do art.º 410.º, n.º 2, conjugado com o art.º 426.º, quer o tribunal de recurso tenha remetido o processo para a repetição do julgamento pelo mesmo tribunal.”²²¹

Existe, no entanto, alguma divergência jurisprudencial deste entendimento, admitindo interpretações da expressão que não consideram impedimento a participação do juiz num novo julgamento da causa, quando este tenha anteriormente proferido uma decisão anulada, pela procedência de um recurso interlocu-

²¹⁷ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2011. p. 124, em que o autor dá o exemplo do juiz poder indeferir o requerimento de abertura de instrução ou de constituição de arguido ou assistente e não estar impedido de participar no recurso dessa decisão.

²¹⁸ Acórdão do STJ, de 19.5.2010.

²¹⁹ Acórdão do TRL, de 11.6.2010, Proc.º n.º 739/07.0PBCSC.L1-3.

²²⁰ Acórdão do TRC, de 13.12.2007.

²²¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2011, p. 126.

tório²²² e a participação de juiz que presidiu ao julgamento anterior participe e integre o julgamento especificado no art.º 371.º-A do CPP, após a condenação respectiva transitada e para os efeitos do último normativo – que visa, somente, determinar uma nova pena que se mostre, em concreto, mais favorável face a nova lei.²²³

Já José Luís Lopes da Mota etnede que “o impedimento resultante da participação em anterior julgamento só se verificará nas situações em que o tribunal recorrido, avaliando as necessidades de prova, conclua no sentido de que se mostra necessária a repetição (renovação) de provas produzidas no anterior julgamento.” Nesta hipótese não estarão assim abrangidas “provas novas - que não de ‘renovação’ de provas anteriormente produzidas parece que nenhuma questão de impedimento.”²²⁴

Avançando, no processo de declaração de impedimentos, nos termos do art.º 41.º, n.ºs 1 e 2, o juiz deve, oficiosamente, declarar imediatamente por despacho nos autos qualquer impedimento, podendo esta declaração ser requerida pelo MP, pelo arguido, pelo assistente ou pelas partes civis, logo que sejam admitidos a intervir no processo, nem qualquer estado deste. Ao requerimento devem ser juntos os elementos comprovativos e o juiz visado profere o despacho no prazo máximo de cinco dias.

De forma a garantir a imparcialidade, nos termos do n.º 3, os actos praticados por juiz impedido são nulos, salvo se não puderem ser repetidos utilmente e se se verificar que deles não resulta prejuízo para a justiça da decisão do processo, sendo, por isso, uma nulidade sanável *sui generis*.²²⁵

O art.º 42.º, n.º 1 consagra expressamente a irrecorribilidade do despacho em que o juiz se considerar impedido. Caso o juiz não reconheça o impedimento, cabe recurso para o tribunal imediatamente superior, sendo que, se o impedimento for oposto a juiz do STJ, o recurso é decidido pela secção criminal deste mesmo Tribunal, sem a participação do visado (n.º 2). O recurso tem efeito sus-

²²² Acórdão do TRP, de 6.6.2007, Proc.º n.º 0712568.

²²³ Acórdão do TRL, de 12.3.2009.

²²⁴ MOTA, José Lopes de Mota - Parecer da PGR, de 4.4.2014 do MP, no TRL.

²²⁵ Expressão utilizada por Paulo Albuquerque, para caracterizar o facto de não ser aplicado a esta nulidade sanável o regime geral do art.º 121.º, em ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit, 2011, p. 129.

pensivo, sem prejuízo de serem levados a cabo, mesmo pelo juiz visado, se tal for indispensável, os actos processuais urgentes (n.º 3).

As escusas e recusas, estão consagradas, no art.º 43.º, n.º 1, de uma forma genérica, podendo o juiz ser afastado do processo, caso haja o risco da sua intervenção ser considerada suspeita, por existir motivo, sério e grave, adequado a gerar desconfiança sobre a sua imparcialidade. Nos termos do n.º 2, também podem constituir fundamentos de escusa, nos termos do n.º 1, a intervenção do juiz noutro processo ou em fases anteriores do mesmo processo fora dos casos do artigo 40.º. Assim, ou o juiz pede escusa ou uma parte processual requer a sua recusa.

Tanto o MP, os arguidos, os assistentes ou as partes cíveis, podem pedir a recusa do juiz, embora este último, nos termos do n.º 4, não possa declarar-se suspeito, poderá pedir oficialmente ao tribunal competente que o escuse de intervir, quando se verificarem as condições previstas nos n.ºs 1 e 2.

Quanto à validade da intervenção do juiz escusado, o n.º 5 estatui que os actos processuais praticados por juiz recusado ou escusado, até ao momento em que a recusa ou a escusa forem, solicitadas só são anulados quando se verificar que deles resulta prejuízo para a justiça da decisão do processo; e que os praticados, posteriormente, só são válidos, se não puderem ser repetidos utilmente e se se verificar que deles não resulta prejuízo para a justiça da decisão do processo.

Mais uma vez, estamos perante uma nulidade *sui generis*.

Os fundamentos de suspeição não são taxativos, devendo, em cada caso, ser aferido se a imparcialidade do juiz não pode ser posta em causa, devido à existência de uma situação conflituante ou de um comportamento, conduta ou decisão, fora ou dentro do processo, que demonstre uma claramente uma inadmissível parcialidade, seja por favoritismo ou discriminação, por parte do juiz.

Assim, “a gravidade e seriedade dos motivos de escusa deverão ser aferidos através de uma valoração objectiva das concretas circunstâncias invocadas, a partir do senso e da experiência do homem médio pressuposto pelo direito ou em função do juízo do cidadão médio representativo da comunidade.”²²⁶

²²⁶ Acórdãos do TRE, de 16.9.2008 e de 27.1.2007.

Como o Acórdão do STJ, de 9.12.2010, sublinha: “não importa que, na realidade das coisas, o juiz permaneça imparcial; interessa, sobretudo, considerar se, em relação com o processo, poderá ser reputado imparcial, de modo a ser de admitir ou não admitir o risco do não reconhecimento público da sua imparcialidade”.

Esta opinião é ainda reforçada por Cavaleiro de Ferreira²²⁷ ao defender que: “importa considerar sobretudo que, em relação ao processo, o juiz possa ser reputado imparcial, em razão dos fundamentos da suspeição verificados, sendo este também o ponto de vista que o próprio juiz deve adoptar, para voluntariamente declarar a sua suspeição. Não se trata de confessar uma fraqueza; a impossibilidade de vencer ou recalcar questões pessoais, ou de fazer justiça, contra eventuais interesses próprios, mas de admitir ou de não admitir o risco de não reconhecimento público da sua imparcialidade pelos motivos que constituem fundamento da sua suspeição.”

A título exemplificativo²²⁸, foram consideradas situações susceptíveis de colocar em dúvida a intervenção do juiz: a intervenção nos actos do cônjuge do juiz como mandatário da demandada, mantendo uma ligação funcional com ela²²⁹; a relação de namoro entre juíza e advogado mandatário de uma parte no processo²³⁰; a circunstância de o juiz ter recentemente apresentado denúncia criminal contra advogado do arguido constituído nos autos²³¹; a proferição de afirmações, por parte do juiz, que põem em causa, de forma objectiva e reiterada, a imparcialidade e honestidade do juiz do processo²³²; o juiz cujo cônjuge foi o instrutor dos autos e propôs ao MP a adopção daquela medida²³³; a similitude entre a vítima, a contemporaneidade entre os factos julgados e os meios de prova arrolados entre o processo actual e um outro processo anterior-

²²⁷ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel - **Lições de direito penal: Parte Geral**. 4.º Ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 237-239.

²²⁸ Ver: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob Cit., 2011, p. 132 e ss, para um maior aprofundamento do tema e para mais referências a casos que foram apreciados pela jurisprudência, quanto à possibilidade de constituírem motivos de suspeição.

²²⁹ Acórdão do TRP, de 14.11.2007.

²³⁰ Acórdãos do TRE, de 4.4.2013 e do TRP, de 5.11.2014, Proc.º nº 178/11.8TAARC-A.P1

²³¹ Acórdãos do TER, de 15.9.2009 e do TRL, de 12.12.2007.

²³² Acórdão do TRL, de 5.7.2006.

²³³ Acórdão do TRE, de 4.4.2013.

mente julgado pelo juiz²³⁴; o arguido ter uma ação interposta contra o juiz, relativamente a direitos de personalidade.²³⁵

Por outro lado, não foram consideradas, por si só, motivos para suspeição do juiz a circunstância do mesmo ser credor, devedor, ou presumido herdeiro do arguido ou de pessoa com legitimidade para se constituir assistente ou do arguido ter apresentado queixa contra o juiz ao CSM²³⁶; o prolongamento de prisão preventiva e do isolamento do arguido²³⁷; a realização de inquirições de testemunhas na fase preparatória do processo.²³⁸

Por força do art.º 44.º, o prazo do requerimento de recusa e o pedido de escusa são admissíveis até ao início da audiência, até ao início da conferência nos recursos ou até ao início do debate instrutório. Ou, posteriormente, até à sentença, ou até à decisão instrutória, quando os factos invocados como fundamento tiverem tido lugar, ou tiverem sido conhecidos pelo invocante, após o início da audiência ou do debate. Estes deverão ser apresentados, nos termos do art.º 45.º, n.º 1, juntamente com os elementos em que se fundamentam, perante o tribunal imediatamente superior ou a secção criminal do STJ, tratando-se de juiz a ele pertencente, decidindo aquela sem a participação do visado.

Quanto ao processo e decisão, por força do art.º 45.º, n.ºs 2 e 3, depois de apresentados o requerimento ou o pedido previstos no número anterior, o juiz visado deve praticar apenas os actos processuais urgentes ou necessários para assegurar a continuidade da audiência, devendo pronuncia-se sobre o requerimento, por escrito, em cinco dias, juntando logo os elementos comprovativos.

Posteriormente, nos termos dos n.ºs 4 a 6, o tribunal, se não recusar logo o requerimento ou o pedido por manifestamente infundados, ordena as diligências de prova necessárias à decisão, dispondo num prazo de 30 dias para decidir o caso. Esta decisão é irrecorrível.

De forma a evitar eventuais situações de abuso deste meio processual e ataques infundados à imparcialidade do juiz, o n.º 7, estatui que se o tribunal

²³⁴ Acórdão do TRC, de 24.9.2014, Proc.º n.º 53/13.1JACBR.

²³⁵ Acórdão do TEDH, *Chmelir* vs República Checa, de 7.6.2005.

²³⁶ Acórdão do STJ, de 5.12.1990 *apud* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2011, p. 132 e ss.

²³⁷ Acórdão do TEDH *Hauschidt* vs Dinamarca, de 24.5.1989.

²³⁸ Acórdão do TEDH *Bulut* vs. Áustria, de 22.2.1996.

recusar o requerimento do arguido, do assistente ou das partes civis por manifestamente infundado, condena o requerente ao pagamento de uma soma entre 6 UC e 20 UC.

Nos termos do art.º 47.º, este regime é extensível, com as necessárias adaptações, aos peritos, intérpretes e funcionários de justiça. Tanto a declaração de impedimento e o pedido de escusa, como o requerimento de impedimento ou recusa, devem dirigidos ao tribunal ou ao juiz de instrução perante os quais correr o processo em que o incidente se suscitar e são por eles apreciados e imediata e definitivamente decididos, sem submissão a formalismo especial. Caso não exista substituto, deverá ser nomeado um. Note-se que estas decisões, durante a fase de inquérito, serão da competência do MP, com a ressalva de peritos, intérpretes ou funcionários, que intervenham em actos presididos pelo juiz.²³⁹

Segundo o art.º 54.º este regime deve também ser aplicado aos magistrados do MP, devendo os atos processuais acima mencionados serem dirigidos ao superior hierárquico do magistrado em causa e por aquele apreciados e definitivamente decididos, sem obediência a formalismo especial; sendo visado o Procurador-Geral da República, a competência cabe à secção criminal do Supremo Tribunal de Justiça. Caberá também à entidade competente para a decisão, designar o substituto do impedido, recusado ou escusado.

Por fim, cabe-nos referir que também o CPC contém regras específicas relativamente a impedimentos e suspeições nos seus arts. 115.º e ss.

Devido à semelhança entre as normas consagradas no CPC e no CPP, optámos por não proceder a uma análise do primeiro Código, sob pena de sermos repetitivos no que é uma análise geral dos instrumentos do regime de conflito de interesses.

²³⁹ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2011, p. 140 e ss.

6.5. Regimes especiais

6.5.1. Pessoal dirigente, membros de gabinete e gestores públicos

Sendo cargos com funções de chefia e de importância acrescida, em comparação com o comum funcionário público, é aplicável um regime próprio ao pessoal dirigente dos serviços e organismos da administração da central, local e regional do Estado, consagrado na Lei n.º 2/2004, de 15.1. Este diploma é também aplicado aos institutos públicos, por força do seu art.º 1.º, n.º 2, salvo no que respeita às matérias específicas reguladas pela respectiva Lei-quadro.

O art.º 16.º estabelece o regime de exclusividade para estes cargos, impondo a renúncia ao exercício de quaisquer outras actividades ou funções de natureza profissional, públicas ou privadas, exercidas com carácter regular ou não, e independentemente da respectiva remuneração. É, porém, permitida a acumulação de cargos dirigentes do mesmo nível e grau, sem direito a acumulação das remunerações base.

O art.º 17.º, n.º 1 – que prevê as incompatibilidades, os impedimentos e as inibições – só permite a participação dos titulares em órgãos sociais de pessoas colectivas, nos termos da lei, quando se trate do exercício de funções em pessoas colectivas sem fins lucrativos. Este preceito sujeita, ainda, o pessoal dirigente ao regime aplicado à generalidade dos cargos públicos, nomeadamente, às normas consagradas na LGTFP e no CPA (n.º 2), bem como aos arts. 5.º, 9.º, 9.º-A, 11.º, 12.º, 13.º, n.º 4, e 14.º da Lei n.º 64/93, de 26.8.

A violação do disposto nestes artigos constitui fundamento para dar por finda a comissão de serviço.

Devido à necessidade da existência de um laço de confiança entre o Ministro e os seus membros de gabinete, os cargos públicos inseridos nos gabinetes dos membros do Governo, com excepção do gabinete do Primeiro-Ministro, estão sujeitos ao regime previsto no D.L. n.º 11/2012, de 20.1. Assim, os titulares destes cargos, por força do art.º 11.º, n.º 1, são livremente designados e exonerados, por despacho do membro do Governo competente, gozando de um estatuto próprio definido no diploma acima mencionado.

O regime de exclusividade é definido no art.º 7.º, devendo o exercício do cargo implicar uma renúncia ao exercício de outras actividades ou funções de natureza profissional, públicas ou privadas, exercidas com carácter regular ou não, e independentemente de serem ou não remuneradas.

Esta exclusividade não é posta em causa, nas hipóteses previstas do n.º 2, tais como: actividades de representação do membro do Governo; de participação, em nome do Governo, em conselhos consultivos ou comissões de fiscalização; actividades de criação artística e literária; ou participação em órgãos sociais de pessoas colectivas sem fins lucrativos, desde que não pertencentes ao sector de actividade pelo qual é responsável o membro do Governo respectivo.

O n.º 3 do artigo permite, ainda, quando expressamente autorizado no despacho de designação, ao membro do gabinete exercer actividades em instituições de ensino superior, designadamente as actividades de docência e de investigação e actividades compreendidas na respectiva especialidade profissional prestadas, sem carácter de permanência, a entes não pertencentes ao sector de actividade pelo qual é responsável o membro do Governo respectivo.

Quanto a incompatibilidades e impedimentos, o art.º 8.º sujeita os membros dos gabinetes ao regime aplicável à generalidade dos trabalhadores e ao CPA. Para além disso, por força do n.º 4, estão também proibidos de celebrar, durante o exercício das respectivas funções, quaisquer contratos de trabalho ou de prestação de serviços com as entidades tuteladas pelo respectivo membro do Governo que devam vigorar após a cessação das suas funções. Por fim, é-lhes também aplicável, com as necessárias adaptações, os arts. 9.º, 9.º-A e 14.º da Lei n.º 64/93, de 26.8.

Já os gestores públicos são abrangidos pelo DL n.º 71/2007, de 27.3, sendo considerado gestor público para aplicação do diploma legal, nos termos do art.º 1.º, n.º 1, quem seja designado para órgão de gestão ou administração das empresas públicas abrangidas pelo DL n.º 133/2013, de 3.10.

Este regime é parcialmente estendido aos titulares de cargos em órgãos de gestão de empresas participadas pelo Estado, quando designados por este, segundo o art.º 2.º, n.º 1, sendo aplicáveis, com as necessárias adaptações, os arts. 10.º a 12.º, 15.º a 17.º, 23.º, e o n.º 1 do art.º 22.º.

Por força do n.º 2 do art.º 2.º, aquele regime é também aplicado, subsidiariamente, aos titulares dos órgãos de gestão das empresas integrantes dos sectores empresariais regionais e locais, sem prejuízo das respectivas autonomias. E, nos termos do n.º 3, é ainda aplicável aos membros de órgãos directivos de institutos públicos de regime especial e às autoridades reguladoras independentes, nos casos expressamente determinados pelos respectivos diplomas orgânicos, em tudo o que não seja prejudicado pela legislação aplicável a estas entidades.

O regime de exclusividade e de impedimentos variará consoante os gestores sejam designados executivos ou não executivos.

Os gestores executivos, em cumprimento do art.º 20.º, n.º 2, deverão exercer as suas funções executivas em regime de exclusividade, sendo, porém, permitidas as acumulações consagradas no n.º 3, tais como: actividades exercidas por inerência; participação em conselhos consultivos e comissões de fiscalização; actividades de docência em estabelecimentos de ensino superior público ou de interesse público, mediante autorização²⁴⁰ e actividades relacionadas com direitos de autor.²⁴¹ Por fim, o n.º 4 permite ainda acumulação com funções, não remuneradas, na empresa-mãe ou em outras, relativamente às quais a própria empresa ou a empresa-mãe exerça, directa ou indirectamente, influência dominante.

Já os gestores não executivos, não são submetidos ao regime de exclusividade, sendo-lhes, antes, aplicado o previsto no art.º 21.º, n.ºs 2 a 4, preceito que impõe um exercício de funções com independência face aos demais gestores, encontrando-se o mesmo impedido de deter quaisquer interesses negociais relacionados com a empresa, com os seus principais clientes e fornecedores e com outros accionistas que não o Estado. Por aplicação do art.º 22.º, n.ºs 2 e 3, estão, igualmente, impedidos de exercer quaisquer outras actividades, temporárias ou permanentes, na mesma empresa ou em empresas privadas concorrentes no mesmo sector.

²⁴⁰ Autorização concedida por despacho dos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pelo respectivo sector de actividade ou nos termos de contrato de gestão.

²⁴¹ Note-se que não é, porém, permitida o recurso a obras literárias ou artísticas, que entrem em conflito com o dever de sigilo, assente no art.º 5.º, al. f).

Também a designação de gestores não executivos do sector empresarial do Estado com funções não executivas para outras empresas que integrem o sector público empresarial, com excepção das funções não executivas nas empresas referidas no art.º 20.º, n.º 4, deve, por aplicação do art.º 22.º, n.ºs 4 e 5, ser especialmente fundamentada, atendendo à respectiva necessidade ou conveniência, carecendo ainda de autorização dos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pelo respectivo sector de actividade da empresa em que se encontre a desempenhar funções, se, neste caso, aquela designação ocorrer no âmbito dos sectores empresariais regionais e locais.

No que toca aos impedimentos constantes no art.º 22.º, n.ºs 1, 6 a 8, são aplicáveis a ambos os tipos de gestores, sendo, nomeadamente, incompatível com a função: o exercício de cargos de direcção da administração directa e indirecta do Estado, ou das autoridades reguladoras independentes, sem prejuízo do exercício de funções em regime de inerência (n.º 1); e a celebração, durante o exercício dos respectivos mandatos, de quaisquer contratos de trabalho ou de prestação de serviços com as empresas mencionadas nos n.ºs. 2 a 4, que devam vigorar após a cessação das suas funções (n.º 6).

Por força do n.º 7, o gestor deverá declarar-se impedido de tomar parte em deliberações quando nelas tenha interesse, por si, como representante ou como gestor de negócios de outra pessoa ou ainda quando tal suceda em relação ao seu cônjuge, parente ou afim em linha recta ou até ao 2.º grau em linha colateral ou em relação com pessoa com quem viva em economia comum. Por fim, o n.º 8 submete também os gestores, com as necessárias adaptações, o disposto nos arts. 8.º, 9.º, 9.º-A, 11.º, 12.º e 14.º e no n.º 4 do art.º 13.º da Lei n.º 64/93, de 26.8.

Note-se que, por aplicação do art.º 25.º, n.º 1 al. c), o gestor público pode ser demitido quando ocorra numa violação das regras sobre incompatibilidades e impedimentos, competindo, nos termos do n.º 2, ao órgão de eleição ou nomeação, requer audiência prévia do gestor, antes da tomada a decisão final.

6.5.2. Deputados

Para além da Lei n.º 64/93, de 26.8, os deputados estão submetidos à Lei n.º 7/93, de 1.3, que consagra o Estatuto dos Deputados. A aplicação deste estatuto, no que toca a conflitos de interesses, é da competência de uma comissão parlamentar, que, nos termos do novo documento relativo às competências das comissões parlamentares permanentes da XIII legislatura, aprovado na reunião de 19.1.2016, está sob alçada da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos Liberdades e Garantias.

Assim, por aplicação do art.º 27.º-A do Estatuto, esta comissão tem os poderes de: verificar os casos de incompatibilidade, a incapacidade e o impedimento dos deputados e, em caso de violação da Lei ou do Regimento, instruir os correspondentes processos e emitir o respetivo parecer; receber e registar declarações que suscitem eventuais conflitos de interesses; apreciar, quando tal for solicitado pelos declarantes ou a pedido do Presidente da Assembleia, os conflitos de interesses suscitados, emitindo sobre eles o respetivo parecer; apreciar a eventual existência de conflitos de interesses que não tenham sido objeto de declaração, emitindo igualmente sobre eles o respetivo parecer; emitir parecer sobre a suspensão e perda do mandato de Deputado; e instruir os processos de impugnação da elegibilidade e da perda de mandato.

Quanto aos impedimentos do cargo de deputado, o art.º 20.º, n.º 1, no cumprimento do princípio da separação de poderes, consagra a proibição de acumulação com um conjunto exaustivo de cargos públicos pertencentes a outros órgãos de soberania ou pessoas colectivas integradas na Administração Pública.

Nos termos do n.º 3, a violação deste artigo implicará a perda do mandato de deputado, sendo, porém, permitido, nos termos do n.º 2, o exercício gratuito de funções docentes no ensino superior, de atividade de investigação e outras de relevante interesse social similares como tais reconhecidas pela Comissão.

Nos termos do art.º 21.º, n.ºs 1 e 2, os deputados estão impedidos de serem jurados, peritos, testemunhas ou de servirem como árbitros nos processos em que seja parte o Estado ou qualquer outra pessoa coletiva de direito público, salvo com autorização da Assembleia, devendo esta ser solicitada pelo juiz competente, ou pelo instrutor do processo, em documento dirigido ao Presidente da

Assembleia da República, por aplicação do n.º 3. Está é uma exceção ao regime do art.º 9.º da Lei 64/93, que, como já vimos, não prêve qualquer hipótese de levantamento do impedimento.

Fora os impedimentos já assinalados, nos termos do art.º 21.º, n.º 4, os deputados não estão vinculados ao princípio da exclusividade no exercício do seu mandato, podendo exercer outras atividades, desde que a sua natureza e identificação sejam comunicadas ao TC e que tais actividades não sejam excluídas pelos números seguintes do mesmo preceito.

Assim, sem prejuízo do disposto nos regimes de incompatibilidades e impedimentos, previstos na Lei n.º 64/93, o n.º 5 do art.º 2.º impede o deputado de de membro de: órgão de pessoa coletiva pública; órgão de sociedades de capitais maioritária ou exclusivamente públicos ou de concessionários de serviços públicos, com exceção de órgão consultivo, científico ou pedagógico ou que se integre na administração institucional autónoma; servir de perito ou árbitro a título remunerado em qualquer processo em que sejam parte o Estado e demais pessoas coletivas de direito público; cargos de nomeação governamental, cuja aceitação não seja autorizada pela comissão parlamentar competente em razão da matéria.

Por sua vez, o n.º 6, impede o deputado de: no exercício de atividade de comércio ou indústria, celebrar contratos, participar em concursos de fornecimento de bens ou serviços, empreitadas ou concessões, com o Estado e outras pessoas coletivas de direito público, em termos algo semelhantes aos do art.º 8.º da Lei n.º 64/93²⁴²; exercer mandato judicial como autores nas ações cíveis, em qualquer foro, contra o Estado; patrocinar Estados estrangeiros; ser membro de corpos sociais das empresas públicas, das empresas de capitais públicos ou maioritariamente participadas pelo Estado e de instituto público autónomo não abrangidos pela al. o) do n.º 1 do art.º 20.º; beneficiar, pessoal e indevidamente, deatos ou tomar parte em contratos em cujo processo de formação intervenham

²⁴² Note-se que, embora o art.º 21º, nº 6, al. a), do Estatuto apenas inclua o cônjuge no âmbito do impedimento de contratação pública, o regime deve ser completado pelo art.º 8.º da Lei n.º 64/93, restringindo também a contratação pública com empresas controladas a 10%, nos mesmos termos, por ascendentes, descendentes em qualquer grau e os colaterais até ao 2.º grau, bem como aquele que viva em união de facto.

órgãos ou serviços colocados sob sua direta influência; e figurar ou de qualquer forma participar em atos de publicidade comercial.

Caso seja verificada, pela comissão parlamentar, qualquer das situações acima mencionadas e aprovado o respetivo parecer pelo plenário, o deputado é notificado para, no prazo de 30 dias, pôr termo ao conflito de interesses. Caso contrário, será advertido e suspenso de exercer o seu mandato, enquanto durar o vício, por período nunca inferior a 50 dias, bem como a repor a quantia correspondente à totalidade da remuneração que este tenha auferido pelo exercício das suas funções, desde o início da situação de impedimento.

Também, no exercício da atividade legislativa, o art.º 27.º, n.º 1, obriga os deputados, quando apresentem projeto de lei ou intervenham em quaisquer trabalhos parlamentares, em Comissão ou em Plenário, a declarar previamente a existência de interesses particulares, se for caso disso, na matéria em causa.

Nos termos do n.º 2, são considerados, como causas de um eventual conflito de interesses, designadamente: os casos em que os deputados, os seus cônjuges, parentes ou afins em linha direta ou até ao segundo grau da linha colateral ou as pessoas com quem vivam em economia comum, sejam titulares de direitos ou partes em negócios jurídicos cuja existência, validade ou efeitos se alterem em consequência direta da lei ou resolução da Assembleia da República; e os casos em que as pessoas acima referidas, membros de órgãos sociais, mandatários, empregados ou colaboradores permanentes de sociedades ou pessoas coletivas de fim desinteressado, possam ver a sua situação jurídica ser modificada por forma direta pela lei ou resolução a tomar pela Assembleia da República.

Em cumprimento do n.º 3, tais declarações devem ser feitas, quer na primeira intervenção do Deputado no procedimento ou atividade parlamentar em causa, se as mesmas forem objecto de gravação ou ata, quer dirigidas e entregues na Mesa da Assembleia da República ou, ainda, na comissão parlamentar referida no art.º 27.º-A, antes do processo ou atividade que dá azo às mesmas.

6.5.3. Magistrados judiciais e do Ministério Público

Os magistrados judiciais estão submetidos aos impedimentos especiais consagrados na Lei n.º 21/85, de 30.7. Segundo o art. 7.º, n.º 1 é-lhes vedado:

exercer funções em juízo em que sirvam juízes de direito, magistrados do MP ou funcionários de justiça, a que estejam ligados por casamento ou união de facto, parentesco ou afinidade em qualquer grau da linha recta ou até ao 2.º grau da linha colateral; servir em tribunal pertencente a comarca em que, nos últimos cinco anos, tenham desempenhado funções no MP ou que pertençam à comarca em que, em igual período, tenham tido escritório de advogado.

Em nome da imparcialidade que a atividade judicial deve abranger, o diploma legal em questão abarca também, no seu art.º 11.º, uma proibição de actividade política, vedando aos magistrados judiciais em exercício a prática de actividades político-partidárias de carácter público (n.º 1) e impedindo-os de ocupar cargos políticos, excepto o de Presidente da República e de membro do Governo ou do Conselho de Estado (n.º 2).

De igual forma, o art.º 12.º, impede o magistrado de fazer declarações ou comentários sobre processos, salvo, quando autorizados pelo Conselho Superior da Magistratura, para defesa da honra ou para a realização de outro interesse legítimo. Embora o juiz esteja também, obviamente, submetido a um dever de sigilo. O n.º 2 deste artigo exclui do âmbito deste dever de reserva as informações que, em matéria não coberta pelo segredo de justiça ou pelo sigilo profissional, visem a realização de direitos ou interesses legítimos, nomeadamente o do acesso à informação.²⁴³

Note-se que o CPP contém, igualmente, normas quanto exercício da liberdade de expressão do juiz, no seu art.º 367.º, no que se reporta ao secretismo do ato de deliberação e votação, não podendo revelar nada do que durante ela se tiver passado, de se relacionar com a causa, e de exprimir a sua opinião sobre a deliberação tomada. Já o art.º 86.º, n.º 13, prevê algumas excepções ao segredo de justiça.

O cargo de juiz está submetido a um regime de exclusividade, sendo apenas permitido, pelo art.º 13.º, n.º 1, a acumulação deste com funções de docência ou de investigação científica de natureza jurídica, não remuneradas – desde que devidamente autorizado pelo Conselho Superior da Magistratura – e o exercício dessas funções que não envolvam prejuízo para o serviço (n.º 2); e

²⁴³ Sobre os limites de prestação de declarações do juiz v. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2011, p. 135-136.

funções directivas em organizações sindicais da magistratura judicial. O art.º 19.º confere, também, ao juiz o direito de advogar em causa própria, do seu cônjuge ou descendente.

Aos juízes do TC deve ser aplicada a Lei n.º 28/82, de 15.11, que aprova a Lei Orgânica do TC.

Como refere o art.º 13.º, são elegíveis para juízes do TC os cidadãos portugueses no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos que sejam doutores, mestres ou licenciados em Direito ou juízes dos restantes tribunais.

Em termos de incompatibilidades, impedimentos e suspeições, o regime é semelhante aos dos magistrados judiciais, sendo proibido, no art.º 27.º o exercício do cargo em acumulação com o exercício de funções em órgãos de soberania, das regiões autónomas ou do poder local, bem como o exercício de qualquer outro cargo ou função de natureza pública ou privada, exceptuando-se, mais uma vez, o exercício não remunerado de funções docentes ou de investigação científica de natureza jurídica.

No que diz respeito a actividades políticas, estas estão também proibidas pelo art.º 28.º, estando os juizes impedidos de exercer quaisquer funções em órgãos de partidos, de associações políticas ou de fundações com eles conexas, nem desenvolver actividades político-partidárias de carácter público (n.º 1) e ficando suspenso o estatuto decorrente da filiação em partidos ou associações políticas, durante o período de desempenho do cargo (n.º 2).

O art.º 29.º, n.º 1 aplica aos juízes do TC o regime de impedimentos e suspeições dos juízes dos tribunais judiciais, ressalvando, no seu n.º 2, que a filiação em partido ou associação política não constitui fundamento de a verificação do impedimento e que a apreciação da suspeição compete ao Tribunal.

Já os magistrados do MP estão submetidos ao regime vigente no art.º 81.º e ss. da Lei n.º 47/86, de 15.10.

Segundo o art.º 81.º, os magistrados do MP estão, em termos semelhantes aos magistrados judiciais, vinculados a um regime de exclusividade, sendo somente permitida a acumulação com o exercício do cargo de funções docência ou de investigação científica de natureza jurídica – mediante autorização do Conselho Superior do MP e desde que não remuneradas ou constituam prejuízo para o

serviço (n.º 2) – ou de funções directivas em organizações representativas da magistratura do MP.

Os magistrados do MP estão também, por aplicação do art.º 82.º, impedidos de exercer actividades político-partidárias de carácter público e de ocupar cargos políticos, à excepção dos de Presidente da República e de membro do Governo ou do Conselho de Estado.

Quanto aos impedimentos, o art.º 83.º, n.º 1, proíbe os magistrados do MP de servir, em tribunal ou juízo, em que exerçam funções magistrados judiciais ou do MP ou funcionários de justiça a que estejam ligados por casamento ou união de facto, parentesco ou afinidade em qualquer grau da linha recta ou até ao 2.º grau da linha colateral. Nos termos do n.º 2, estes também não poderão servir em tribunal ou departamento pertencente a comarca em que, nos últimos cinco anos, tenham tido escritório de advocacia.

Por fim, o art.º 192.º manda aplicar subsidiariamente ao processo disciplinar, com as necessárias adaptações, o regime de impedimentos e recusas em processo penal.

Para além destes impedimentos, consagrados nos estatutos dos magistrados, existem também os constantes no CPC e CPP, sobre os quais nos debruçaremos numa fase adiante, ao estudar os regimes de impedimentos, escusas e recusas vigentes naqueles Códigos.

6.5.4. Membros dos órgãos municipais e das freguesias

Os titulares de cargos nos órgãos na administração local estão também submetidos a um regime especial repartido por vários diplomas legais.

A Lei n.º 29/87, de 30.6, que aprova o Estatuto dos Eleitos Locais, é aplicada, nos termos do seu art.º 1.º, a todos os membros dos órgãos deliberativos e executivos dos municípios e das freguesias

Nos termos do art.º 3º, n.ºs 1 e 2²⁴⁴, o princípio de exclusividade não é aplicável ao presidente e vereadores de câmaras municipais, podendo estes, mesmo em regime de permanência, exercer outras actividades, sem prejuízo do

²⁴⁴ Esta norma pode também ser encontrada com a mesma redação no art.º 6.º da Lei n.º 64/93.

regime de incompatibilidades e dos impedimentos previstos noutras leis, tendo, contudo, o dever de comunicá-las, quando de exercício continuado, quanto à sua natureza e identificação, ao TC e à Assembleia Municipal, na primeira reunião desta a seguir ao início do mandato ou previamente à entrada em funções nas actividades não autárquicas.

O art.º 4.º prevê um conjunto de deveres, entre outros, os relacionados com conflitos de interesses que vinculam todos eleitos locais, estando estes obrigados a: não patrocinar interesses particulares, próprios ou de terceiros, de qualquer natureza, quer no exercício das suas funções quer invocando a qualidade de membro de órgão autárquico; não intervir em processo administrativo, acto ou contrato de direito público ou privado nem participar na apresentação, discussão ou votação de assuntos em que tenha interesse ou intervenção, por si ou como representante ou gestor de negócios de outra pessoa, ou em que tenha interesse ou intervenção em idênticas qualidades o seu cônjuge, parente ou afim em linha recta ou até ao 2.º grau da linha colateral, bem como qualquer pessoa com quem viva em economia comum; não celebrar com a autarquia qualquer contrato, salvo de adesão; e não usar, para fins de interesse próprio ou de terceiros, informações a que tenha acesso no exercício das suas funções.

Já a Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8, prevê o regime de eleição dos titulares dos órgãos das autarquias locais, consagrando, nos arts. 6.º e ss., um conjunto de inelegibilidades.

Segundo o art.º 6.º, n.º 1 não podem ser eleitos para estes órgãos um conjunto de titulares de cargos tais como: o Presidente da República, os juízes do TC e do Tribunal de Contas, os magistrados judiciais e do MP, os militares e os agentes das forças militarizadas em serviço efectivo, alguns Diretores-Gerais, inspectores-gerais e subinspectores, etc.

Segundo o n.º 2, são igualmente inelegíveis para os órgãos das autarquias locais: a) Os falidos e insolventes, salvo se reabilitados; b) Os cidadãos eleitores estrangeiros que, em consequência de decisão de acordo com a lei do seu Estado de origem, tenham sido privados do direito de sufrágio activo ou passivo.

Cumprе mencionar que, segundo o art.º 3.º, n.º 3 da Lei n.º 29/87, não perdem o mandato os funcionários da administração central, regional e local que,

durante o exercício de permanência, forem colocados, por motivos de admissão ou promoção, nas situações de inelegibilidade previstas na alínea h) do n.º 1, do art.º 6.º e nas al. a) e b) do n.º 1 do art.º 7.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8.

Quanto às inelegibilidades especiais, o art 7.º, n.º 1 prevê que não são elegíveis para os órgãos das autarquias locais dos círculos eleitorais onde exercem funções ou jurisdição: a) Os directores de finanças e chefes de repartição de finanças; b) Os secretários de justiça e administradores judiciais; c) Os ministros de qualquer religião ou culto; d) Os funcionários dos órgãos das autarquias locais ou dos entes por estas constituídos ou em que detenham posição maioritária, que exerçam funções de direcção, salvo no caso de suspensão obrigatória de funções desde a data de entrega da lista de candidatura em que se integrem.

O n.º 2 excluir também os concessionários ou peticionários de concessão de serviços da autarquia respectiva; os devedores em mora da autarquia local em causa e os respectivos fiadores; os membros dos corpos sociais e os gerentes de sociedades, bem como os proprietários de empresas que tenham contrato com a autarquia não integralmente cumprido ou de execução continuada.

Já o n.º 3 proíbe a candidatura simultânea a órgãos representativos de autarquias locais territorialmente integradas em municípios diferentes, nem a mais de uma assembleia de freguesia integradas no mesmo município.

Por fim, quanto aos membros da mesa de assembleia de voto, o art.º 76.º estatui que não podem ser designados membros de mesa de assembleia de voto, para além dos eleitores referidos nos arts. 6.º e 7.º, os deputados, os membros do Governo, os membros dos Governos Regionais, os Representantes da República, os membros dos órgãos executivos das autarquias locais e os mandatários das candidaturas.

6.5.5. Impedimentos nas autoridades reguladoras

Semelhantemente a outros ordenamentos jurídicos²⁴⁵, a Lei n.º 67/2013 consagra no art.º 19.º o regime de exclusividade, incompatibilidades e impedi-

²⁴⁵ Como Delzangles refere no seu estudo, são usualmente consagrados impedimentos para estas entidades, de forma a garantir a independência tanto face a privados, como a outras entidades públicas, incluindo o Estado. Tal como acontece em Portugal, também em Alemanha e França os

mentos dos membros dos conselhos de administração das autoridades reguladoras independentes, de forma a garantir a imparcialidade na regulação dos respectivos sectores sob os quais recaem as atribuições de cada autoridade reguladora.

Por força do n.º 1, al. a), os titulares destes cargos públicos não poderão ser titulares de órgãos de soberania, das regiões autónomas ou do poder local, nem desempenhar quaisquer outras funções públicas ou profissionais, salvo funções docentes ou de investigação, desde que não remuneradas; nem, segundo as alíneas b) e c), manter, direta ou indiretamente, qualquer vínculo ou relação contratual, remunerada ou não, com empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da entidade reguladora ou deter quaisquer participações sociais ou interesses nas mesmas ou, ainda com outras entidades cuja atividade possa colidir com as suas atribuições e competências.

Para além disso, por aplicação dos n.ºs 7 e 8, os membros do conselho de administração ficam igualmente sujeitos ao regime de incompatibilidades e impedimentos estabelecido para os titulares de altos cargos públicos, salvo no que for expressamente regulado por legislação específica, podendo essa mesma legislação conter outras incompatibilidades e outros impedimentos aplicáveis.

Também a generalidade dos trabalhadores²⁴⁶ das entidades reguladoras estão vinculados ao regime disposto no disposto nas alíneas b) e c), do n.º 1 do art.º 19.º, por aplicação do art.º 32.º, n.º 5, bem como todos os prestadores de serviços em relação aos quais possa existir conflito de interesses (designadamente quando se trate da prestação de serviços nas áreas jurídica e económico-financeira), cabendo ao conselho de administração aferir e acautelar a existência daquele conflito.

Para além da Lei-Quadro, também os estatutos das entidades reguladoras consagram impedimentos específicos para os membros do conselho de adminis-

membros de entidades reguladoras independentes estão proibidos de exercer outro cargo público (Refira-se, a título exemplificativo, a *Bundesnetzagentur für elektrizität, gas, telekommunikation, post und eisenbahnen* e a *Autorité de regulation des communications électroniques et des postes*) Ver: DELZANGLES Hubert - *Regulatory authorities and conflicts of interest*, in: **Corruption and Conflicts of Interest: A Comparative Law Approach**. Cheltenham: Edward Elgar Pub, 2014, p. 17 e ss.

²⁴⁶ O n.º 4 do art.º 32.º é bastante claro ao especificar que a adoção do regime do contrato individual de trabalho não dispensa os requisitos e as limitações decorrentes da prossecução do interesse público, nomeadamente os respeitantes a acumulações e incompatibilidades legalmente estabelecidos para os trabalhadores em funções públicas.

tração e generalidade dos trabalhadores. Vejamos, a título exemplificativo, o DL n.º 125/2014, de 18.8, o DL n.º 5/2015, de 8.1, e a Lei n.º 53/2005, de 8.11.

O DL n.º 125/2014, que consagra os Estatutos da Autoridade da Concorrência, estatui, nos arts. 17.º e 30.º, um regime semelhante ao previsto na Lei-Quadro para os membros do conselho de administração e para a globalidade dos trabalhadores, contendo, no entanto, algumas regras específicas quanto à possibilidade de exercício pelos trabalhadores, a tempo parcial, de funções de docência ou de investigação, nos n.ºs 7 a 9 do art.º 30º.

Também o DL n.º 5/2015, que aprova os estatutos da CMVM, contém no seu art.º 16.º um regime para os membros de conselho de administração semelhante ao da Lei-Quadro. Existe, porém, a adição de um impedimento adicional, seu n.º 2, al. d), segundo o qual os membros do conselho estão impedidos de realizar, diretamente ou por interposta pessoa, operações sobre instrumentos financeiros, salvo tratando-se de fundos públicos, de fundos de poupança-reforma ou do exercício de direitos inerentes a instrumentos ou produtos financeiros previamente adquiridos.

O regime aplicável aos trabalhadores da CMVM é descrito no art.º 36.º, prevendo, também, no n.º 4, o impedimento de realizar quaisquer operações sobre instrumentos financeiros; celebrar, modificar ou extinguir qualquer contrato de intermediação financeira, salvo se as operações tiverem por objeto fundos públicos, fundos de poupança-reforma ou poupança-reforma-educação, fundos do mercado monetário ou Conselho de Administração o autorizar, por escrito.

Note-se que o n.º 5 clarifica que a autorização a que se refere a al. b) do número anterior apenas é concedida se a realização das operações ou a celebração, a modificação ou a extinção dos contratos em causa não afetarem o normal funcionamento do mercado, não resultarem da utilização de informação confidencial a que o trabalhador tenha tido acesso em virtude do exercício das suas funções, e se, em caso de venda, tiverem decorrido mais de seis meses desde a data da aquisição dos instrumentos financeiros a vender.

Por fim, a Lei n.º 53/2005, que aprova os estatutos da ERC, contém alguns impedimentos específicos no seu artigo 18.º não podendo, por força dos n.ºs 4 e 5, ser designado para membro do conselho de administração quem seja

ou, nos últimos dois anos, tenha sido membro de órgãos executivos de empresas, de sindicatos, de confederações ou associações empresariais do sector da comunicação social ou quem seja ou, nos últimos dois anos, tenha sido membro do Governo, dos órgãos executivos das Regiões Autónomas ou das autarquias locais.

6.6. Declarações de interesses

Já foi referido que a *disclosure* é um instrumento tido como essencial para a transparência da conduta dos titulares de cargos públicos, bem como um meio preventivo na indentificação e combate aos conflitos de interesses.

Esta medida – recomendada, por exemplo, no Guia Prático para Gestores redigido pela OLAF e em vários Planos de Gestão de Riscos de Corrupção e Infrações Conexas de várias entidades públicas – tem vindo a ser acolhida em Portugal.

Através desta implementação – não só por via legislativa, mas, também, através de Códigos de Conduta/Ética ou Regulamentos – a generalidade dos titulares de cargos públicos são obrigados à prestação deste tipo de declarações no início do exercício do cargo ou, especificamente, nos procedimentos em que intervenham. Isto constituiu um forte reforço do regime.

Visto que seria exaustivo proceder a uma análise de todos estes Códigos e Regulamentos, iremos abordar, apenas, o regime de declarações de interesses dos principais cargos considerados essenciais para o funcionamento do Estado.

O art.º 7.º-A da Lei n.º 64/93, de 26.8 impõe a existência de um livro próprio de registo de interesses, onde devem ser registadas todas as actividades susceptíveis de gerarem incompatibilidades ou impedimentos e quaisquer actos que possam proporcionar proveitos financeiros ou conflitos de interesses dos deputados da AR e dos membros do Governo.

A criação de um registo de interesses semelhantes nas autarquias é também facultativamente permitido, segundo o n.º 1.

Note-se que o n.º 4 é taxativo ao mencionar que deverão ser inscritos em especial: a) As actividades públicas ou privadas, nelas se incluindo actividades

comerciais ou empresariais e, bem assim, o exercício de profissão liberal; b) O desempenho de cargos sociais, ainda que a título gratuito; c) Os apoios ou benefícios financeiros ou materiais recebidos para o exercício das actividades respectivas, designadamente de entidades estrangeiras; d) As entidades a quem sejam prestados serviços remunerados de qualquer natureza; e) As sociedades em cujo capital o titular, por si, pelo cônjuge ou pelos filhos, disponha de capital.

A infração ao estabelecido no art.º 9.º-A constituirá, nos termos do art.º 13.º, causa de destituição judicial.

O Estatuto dos Deputados obriga todos os parlamentares, por força dos arts. 22.º e 26.º, n.º 6, a formular e depositar a declaração na Comissão Parlamentar de Ética, num prazo de 60 dias posteriores à tomada de posse. Esta declaração deverá, também, ser posteriormente actualizada, no prazo máximo de 15 dias após a ocorrência de factos ou circunstâncias que justifiquem novas inscrições.

Segundo o art.º 26.º, n.º 3, devem constar na inscrição actividades exercidas, independentemente da sua forma ou regime: a) A indicação de cargos, funções e actividades, públicas e privadas, exercidas nos últimos três anos; b) A indicação de cargos, funções e actividades, públicas e privadas, a exercer cumulativamente com o mandato parlamentar.

Já o n.º 4 explicita quais os interesses financeiros relevantes, devendo constar a identificação dos atos que geram, direta ou indiretamente, pagamentos, designadamente: a) As pessoas coletivas públicas ou privadas a quem foram prestados os serviços; b) A participação em conselhos consultivos, comissões de fiscalização ou outros organismos colegiais, quando previstos na lei ou no exercício de fiscalização ou controlo de dinheiros públicos; c) As sociedades em cujo capital participe por si ou pelo cônjuge não separado de pessoas e bens; d) Os subsídios ou apoios financeiros, por si, pelo cônjuge não separado de pessoas e bens ou por sociedade em cujo capital participem; e) A realização de conferências, palestras, ações de formação de curta duração e outras actividades de idêntica natureza.

O n.º 5 impõe que sejam também mencionadas quaisquer participações em: comissões ou grupos de trabalho pela qual auferam remuneração; associa-

ções cívicas beneficiárias de recursos públicos e profissionais ou representativas de interesses.

Nos termos do n.º 7 e do art.º 7.º-A da Lei 64/93, o registo de interesses é público, devendo ser disponibilizado para consulta no portal da Assembleia da República na Internet ou a quem o solicitar.

Voltando à Lei n.º 64/93, no seu art.º 10.º encontramos a vinculação geral dos titulares de cargos políticos a depositar no TC, nos 60 dias posteriores à data da tomada de posse, declaração de inexistência de incompatibilidades ou impedimentos, onde deverá constar a enumeração de todos os cargos, funções e actividades profissionais exercidos pelo declarante, bem como de quaisquer participações iniciais detidas pelo mesmo, competindo àquele tribunal, nos termos do n.º 2, proceder à análise, fiscalização e sancionamento das declarações dos titulares de cargos políticos.²⁴⁷

Aos titulares de altos cargos públicos é aplicável o art.º 11.º, devendo estes depositar na PGR a declaração de inexistência de incompatibilidades ou impedimento.

Nos termos dos n.ºs. 2 a 4, a PGR pode solicitar a clarificação do conteúdo das declarações aos depositários no caso de dúvidas sugeridas pelo texto, bem como apreciar a regularidade formal das declarações e a observância do prazo de entrega. Caso o esclarecimento não exista, seja insuficiente ou exista alguma irregularidade com os prazos, a PGR deverá participar aos órgãos competentes para a verificação e sancionamento das infracções.

Segundo o art.º 12.º, n.º 1, caso o titular do cargo não apresente a declaração acima mencionada ou a mesma esteja incompleta, aquele deverá ser notificado pelas entidades competentes para apresentá-la num prazo de 30 dias, sob pena de, em caso de incumprimento culposo, incorrer em declaração de perda do mandato, demissão ou destituição judicial.

Fora deste regime geral, existem também algumas normas de declarações especialmente criadas para alguns cargos públicos.

²⁴⁷ Segundo o art.º 112.º, n.º 1, recebidas as declarações, o secretário do TC organiza ou instrui o processo individual do respectivo declarante e abre vista ao MP, para que este promova a intervenção do Tribunal, se entender que se verifica incumprimento da lei. Caso tal ocorra, aplicar-se-á o processo disposto nos números seguintes.

Assim, o art.º 22.º n.º 9, do DL n.º 71/2007, de 27.3, obriga o gestor público, sem prejuízo do disposto no art.º 11.º da Lei n.º 64/93, a, antes do início de funções, indicar, por escrito, à Inspeção-Geral de Finanças todas as participações e interesses patrimoniais que detenha, directa ou indirectamente, na empresa na qual irá exercer funções ou em qualquer outra.

Também o art.º 19.º, do DL n.º 11/2012, de 20.1, obriga os membros do gabinete a apresentar uma declaração de inexistência de conflitos de interesses, no início de funções, válida para o período em que as mesmas forem exercida, tal omissão implicará a imediata cessação de funções.

Igualmente no art.º 16.º, n.º 3 do DL n.º 5/2015, encontramos a obrigação de os membros do Conselho de Administração da CMVM, que à data da sua nomeação sejam titulares de instrumentos financeiros, a aliená-los antes do início de funções ou declarar, por escrito, a sua existência ao conselho de administração, só os podendo alienar com autorização do membro do Governo responsável pela área das finanças.

6.7. Inibições após cessação de funções

O ordenamento jurídico português, além do que já foi exposto, consagra também inibições para o exercício de funções ou atividades relacionadas diretamente com o sector ou a atividade em que se inserem as competências do cargo anteriormente exercido pelo funcionário.

O regime geral aplicável aos titulares de órgãos de soberania e de cargos políticos está expresso no art.º 5, n.º 1 da Lei n.º 64/93, ficando estes impedidos de exercer, durante o período de três anos contados da data da cessação das respectivas funções, cargos em empresas privadas que prossigam actividades no sector por eles directamente tutelado, desde que, no período do respectivo mandato, tenham sido objecto de operações de privatização ou tenham beneficiado de incentivos financeiros ou de sistemas de incentivos e benefícios fiscais de natureza contratual. É, contudo, ressalvado no n.º 2, do mesmo preceito, o regresso à empresa ou actividade exercida à data da investidura no cargo.

A violação desta norma acarretará, como consequência, a inibição para o exercício de funções de altos cargos políticos e de altos cargos públicos, por um período de três anos, por força do art.º 13º, n.º 4.

Também os altos funcionários públicos podem, segundo a art.º 14.º, parte final, ficar inibidos de exercer funções em altos cargos públicos, durante 3 anos, caso sirvam, como árbitro ou perito, em qualquer processo em que seja parte o Estado e demais pessoas colectivas públicas, no prazo de um ano após a cessação de funções – impedimento consagrado no art.º 9.º, n.º 2.

Já o art.º 17.º, n.º 4 da Lei n.º 2/2004, proíbe os titulares de cargos de direcção superior da Administração Pública e os membros dos gabinetes governamentais²⁴⁸ durante o período de três anos, contados da cessação dos respectivos cargos, de exercerem as funções de inspector-geral e subinspector-geral, ou a estas expressamente equiparadas, no sector específico em que exerceram actividade dirigente ou prestaram funções de assessoria. Segundo o n.º 5, é ressalvado o regresso à actividade exercida à data da investidura no cargo, sem prejuízo da aplicação das disposições relativas a impedimentos constantes dos arts. 44.º a 51.º do CPA.

Por seu turno, o art.º 19.º n.º 2 da Lei n.º 67/2013, consagra, para os membros do conselho de administração de entidades administrativas reguladoras, um impedimento, com o período de dois anos, para o estabelecimento de qualquer vínculo ou relação contratual com as empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da respetiva entidade reguladora.

No caso da entidade reguladora com competência em matérias de defesa da concorrência, é especificado, no n.º 3, que esta proibição respeita às empresas ou entidades que tenham tido intervenção em processos ou sido destinatárias de atos, decisões ou deliberações daquela entidade, durante o período em que os membros do conselho de administração em causa tenham exercido funções.

É de notar também que o artigo supra-referido consagra uma compensação equivalente a metade do vencimento mensal durante o período de impedimento, de forma a ressarcir o funcionário por eventuais prejuízos causados.

²⁴⁸ Importa referir que os membros de gabinete estão também vinculados ao art.º 8º, n.º 2 do DL n.º 11/2012, que contém uma redação semelhante ao art.º 17, n.º 4 da Lei n.º 2/2004.

Segundo o n.º 6 daquele preceito, em caso de incumprimento destes impedimentos após a cessação de funções, o titular do cargo fica obrigado à devolução do montante equivalente a todas as remunerações líquidas auferidas durante o período em que exerceu funções, bem como da totalidade das compensações líquidas recebidas nos termos do n.º 2.

Também o art.º 32.º n.º 6, consagra um regime de impedimento semelhante para os titulares de cargos de direção ou equiparados das entidades reguladoras, ficando excluídas, nos termos do n.º 8, as situações de cessação de funções por caducidade de contrato de trabalho a termo e a cessação de comissão de serviço, quando regressem ao lugar de origem ou por iniciativa da entidade reguladora.

Para além do exposto, também os estatutos das várias entidades reguladoras independentes consagram normas especificamente criadas para a regulação dos impedimentos aplicados após a cessação do mandato, em termos semelhantes ao da Lei- Quadro.²⁴⁹

6.8. Crítica geral ao regime

Tanto as instituições internacionais (v.g. a OCDE e a GRECO) quanto as nacionais (v.g. o Conselho de Prevenção da Corrupção²⁵⁰), embora recomendando medidas para reforçar o sistema, têm-no considerado, de uma forma geral, munido de um leque satisfatório de normas e instrumentos de identificação e de resolução de conflitos de interesses.

Após termos enunciado os traços fundamentais do regime, cabe-nos, agora, a tarefa de tecer uma crítica sobre o mesmo.

No que concerne aos impedimentos, de um modo geral, os titulares estão impedidos de exercer o cargo detendo, simultaneamente, na sua esfera jurídica, uma situação conflituante com o mesmo, quer este conflito ocorra devido a ativi-

²⁴⁹ V., a título exemplificativo: o DL n.º 125/2014, arts. 17.º, n.º 2 e 30.º n.º 11, para a Autoridade da Concorrência; o DL n.º 5/2015, arts. 16.º, n.º 4 e 36.º, n.º 6, para a CMVM; e a Lei n.º 53/2005, art.º 18.º, n.º 8, para ERC.

²⁵⁰ Mantendo o tema em constante discussão, em termos semelhantes aos do *Committee of Standards in Public Life* (CSPL) do ordenamento anglo-saxónico, através de sucessivas recomendações e colaboração na aprovação de legislação e códigos de conduta relacionados com o combate à corrupção, tais como o regime de conflito de interesses.

dade ou interesse privado quer a detenção simultânea de outro cargo público, sendo um ponto forte do regime, na medida em que existem bastantes especificações daquilo que constituem esses impedimentos, tanto na generalidade, como, especialmente, para alguns cargos específicos.

Podem, todavia, no nosso entender, ser referidas algumas falhas no regime.

Uma delas, encontra-se prevista na al. a), n.º 6 do art.º 21.º do Estatuto dos Deputados, bem como no art.º 8.º da Lei n.º 64/93, onde a expressão “exercício de atividade de comércio ou indústria” exclui do âmbito do impedimento relativamente a contratação pública as sociedades civis e não comerciais, associações e fundações, não englobando, dessa forma, possíveis ligações do titular, ou dos seus familiares, com sociedades de advogados, arquitetos, etc.²⁵¹

Embora, no que toca ao exercício da advocacia, a al. b) do n.º 6 do art.º 21.º, venha impedir o exercício de mandato judicial como autores nas ações cíveis, em qualquer foro, contra o Estado²⁵², parece-nos uma falha do regime o facto não de existirem limitações ou impedimentos, semelhantes às pessoas coletivas que operam em atividades comerciais e industriais, em matérias de contratação pública, que abranjam outras pessoas coletivas a que o titular possa estar ligado.

No regime actual, a título exemplificativo, o mesmo deputado, que redigiu a lei aprovada e que entrou em vigor, poderá, posteriormente, ser contratado pelo Estado, através da sua sociedade de advogados, para dar pareceres sobre a mesma.

Assim, parece-nos necessária a consagração de mais impedimentos, ou que seja alargado o âmbito dos já existentes, de forma a criar uma maior separação entre os interesses económicos dos titulares e a actividade do Estado,

²⁵¹ Tais casos têm sido sucessivamente noticiados pela imprensa. Veja-se, a título exemplificativo, a notícia do Observador, de 4.4.2017. Disponível em: <URL:<http://observador.pt/2017/04/04/incompatibilidades-deputados-advogados-que-contrataram-com-o-estado-vaio-poder-continuar-deputados/>>.

²⁵² Sendo, inclusive, mais abrangente que os impedimentos consagrados no Direito Anglo-saxónico, para os membros da Câmara dos Comuns, proibindo-os de exercer advocacia paga contra a Câmara (*Rules of Conduct, Cap V, 10*) e algo semelhante ao aplicado, no Direito Norte-americano, aos Congressistas, estando estes proibidos de exercer advocacia, remunerada ou não, perante qualquer entidade pública em qualquer matéria que o Governo Federal tenha interesse (18 U.S. Code § 205).

evitando, dessa forma, um maior número de conflitos de interesses e, em última análise, possíveis favoritismos ou crimes associados à corrupção.

Também a exceção ao regime de exclusividade no art.º 6.º da Lei n.º 64/93, que permite os presidentes e vereadores de câmaras municipais, mesmo em regime de permanência, de exercerem outras atividades, desde que comunicadas ao TC, se revela como outra falha.

Não se percebem as razões que levam a que os mais altos cargos de chefia do executivo autárquico (salvo o caso de vereadores em regime de não permanência) sejam dispensados, pela Lei n.º 64/93 do regime de exclusividade, embora esta ressalve, no art.º 6º, n.º 2, incompatibilidades e impedimentos previstos noutras leis.

Exposto isto, continua a ser evidente que o nosso ordenamento é, de forma geral, apropriadamente preventivo, utilizando a exclusividade como primeiro meio de evitar conflitos de interesses, indo, para além da exclusividade económica e profissional.

Tal como nos EUA, também os deveres de insenção partidária no cumprimento das suas funções e a contenção, em certa medida, dos direitos políticos e liberdade de expressão dos funcionários públicos fora do exercício de funções, contribuem para a aparência de uma pessoa colectiva imparcial e garantista de um tratamento igual para os cidadãos, limitações estas que divergem da realidade em outros Estados, como a Suíça, em que a função pública é entendida como mais separada das actividades do titular do cargo fora do seu horário de trabalho.²⁵³

Já o CPP, embora possam ser apontadas algumas críticas a alguns dos impedimentos consagrados, por falta de justificação material para gerar uma

²⁵³ De facto, embora todos os funcionários suíços sejam obrigados a fazer um juramento de imparcialidade no desempenho do cargo e de não aceitarem quaisquer condecorações ou medalhas estrangeiras, existe uma maior separação entre a esfera privada e pública, só se aferindo a lealdade e neutralidade do funcionário durante o exercício do cargo e não sendo relevante o que o mesmo faz fora deste, detendo, desta forma, muita mais liberdade associativa e política do que em outros ordenamentos jurídicos. Para mais sobre o regime suíço. Ver: SCHINLDER, Benjamin - Conflict of Interest and the Administration of Public Affairs – a Swiss Perspective. In: **Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance**. 2.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 159 e ss.

situação de conflito de interesses²⁵⁴, a situação já referida de o art.º 40.º não proibir totalmente um juiz de decidir um recurso relativamente a uma decisão sua, mesmo que não inconstitucional, revela-se, no entendimento de alguma doutrina, como a maior falha do código.

Quanto à obrigação de prestação de declarações de interesses, podemos constatar que os principais cargos públicos estão vinculados à prestação das mesmas, existindo, inclusive, um crescente reforço e generalização desta obrigação à globalidade dos cargos devido à aprovação de Códigos de Conduta e Regulamentos relacionados com o tópico.

Para o reforço do regime, avançamos com a possibilidade da transferência das competências fiscalizadoras da veracidade das declarações dos titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos para uma única secção própria do MP, terminando com a distinção hoje existente em que os primeiros entregam a suas declarações no TC e os segundos no MP, sendo-lhes aplicados processos distintos.

Na verdade, ambos os processos passam já pelo MP, visto que nos termos do art.º 112.º, n.º 1, da Lei n.º 28/82, de 15.11, cabe ao mesmo dar vista do processo e promover a intervenção do Tribunal, caso as declarações entregues do TC violem a lei.

Sem prejuízo da decisão acerca de perda de mandato, demissão ou destituição judicial dos titulares de cargos políticos continuar a ser, em última análise, da competência do TC, defendemos a existência de uma secção do MP com competências específicas de verificação periódica de todas estas declarações e outras competências relacionadas com a identificação e resolução de conflitos de interesses.

Desta forma, as declarações de todos os titulares abrangidos pela Lei n.º 64/93 seriam submetidas à apreciação de um órgão que, devido a deter competências exclusivamente focadas na fiscalização do cumprimento do regime de

²⁵⁴ Por exemplo, considerado o juiz suspeito, independentemente da decisão que tomou no julgamento anterior ou por ter recusado o arquivamento por dispensa da pena ou suspensão provisória da pena, por motivos que não tenham que ver com a ilicitude do facto, a culpa do arguido ou exigência de prevenção do caso. Ver ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Ob. Cit., 2011, p. 124-126.

conflito de interesses²⁵⁵ – ao invés de simplesmente as acumular com outras mais genéricas – poderiam proceder a uma fiscalização mais eficaz das situações destes titulares.

De facto, devido à especialização, esta secção poderia alocar mais tempo e recursos para fiscalização regular destas declarações, tarefa que é, como já referimos, importantíssima.²⁵⁶

Como já foi exposto anteriormente, também a criação de uma entidade independente com funções de fiscalização externa da actuação da Administração Pública, complementando a fiscalização interna das Inspeções-Gerais e contribuindo para a investigação criminal dirigida pelo MP, poderia reforçar a fiscalização da veracidade das declarações da generalidade dos titulares de cargos públicos, podendo, até, o MP e esta autoridade exercerem fiscalização sobre os mesmos cargos públicos em algumas circunstâncias (v.g. ser a mesma encarregue pelo processo de destituição do titular de um alto cargo público).

Continuando com a análise, também o Relatório GRECO de 2016, contém algumas medidas que podem reforçar a separação de poderes e o combate a conflitos de interesses na função jurisdicional, tais como: a nomeação, por outros juízes, de, pelo menos, metade dos juízes para os Tribunais Supremos e órgãos de garantia da imparcialidade e independência, e não por nomeação de outros órgãos de soberania (*elected by their peers*); avaliações periódicas dos juízes e procuradores de primeira e segunda instância; maior facilidade de acesso de decisões de julgamentos de 1.^a instância; que o resultado de processos disciplinares de magistrados judiciais e do MP sejam publicados num espaço temporal adequado; melhor regulação e organização do sistema hierárquico e competências das várias entidades com competências de investigação, de forma a evitar interferências indevidas ou ilegais.

Quanto à atividade parlamentar, o relatório recomenda uma avaliação independente da eficácia de todo o sistema de conflitos de deveres em vigor; o

²⁵⁵ Por exemplo, fiscalizando regularmente a veracidade das declarações de rendimentos da Lei n.º 4/83, de 2.4, que aprova o regime de Controle Público da Riqueza dos Titulares de Cargos Político e as de procedimentos administrativos que envolvessem áreas sensíveis ou implicassem grande despesa pública.

²⁵⁶ Esta secção poderia, inclusive, colaborar com a secção do MP encarregue da investigação de crimes relacionados com a corrupção, contribuindo, desta forma, para uma investigação mais célere.

estabelecimento de sanções adequadas para violações menores do dever de declarar uma situação de conflito de deveres – por exemplo, sendo a declaração imprecisa ou incompleta – e que tais declarações passem por fiscalizações periódicas e sucessivas, devendo ser conferidos recursos para que o órgão independente consiga desempenhar esta tarefa com sucesso. Esta última é de especial importância, dadas as falhas já referidas do TC na verificação das declarações de interesses dos diversos titulares e a garantia de independência que um órgão independente tem quando em comparação com uma comissão de ética constituída por outros deputados.

Sobre a actividade legislativa, veja-se também a recomendação de 4/5/2017 do Conselho de Prevenção da Corrupção que recomenda aos órgãos de poder legislativo medidas de prevenção de corrupção relacionadas com eventuais conflitos de interesses entre os autores da iniciativa legislativa.

No que toca aos instrumentos que combatem a “porta giratória”, Portugal aplica um prazo geral de 2 a 3 anos de impedimento após cessação de funções de exercer atividade no sector sob o qual o seu cargo detinha competências. O âmbito do impedimento irá variar consoante o regime a que o cargo está sujeito.

Note-se que, por exemplo, o impedimento do n.º 1 do art.º 5 da Lei n.º 64/93, é apenas aplicável ao titular do cargo no que concerne a empresas privadas que “tenham sido objecto de operações de privatização ou tenham beneficiado de incentivos financeiros ou de sistemas de incentivos e benefícios fiscais de natureza contratual.” Não ficarão, portanto, abrangidas as empresas em que tenha ocorrido quaisquer outros tipos de intervenção por parte do funcionário aquando exercia funções.

Por forma a reforçar o regime, seria preferível proceder a um alargamento do âmbito do impedimento, abrangendo, assim, a generalidade das empresas que tivessem sido sujeitas a intervenções do titular. No mínimo, deveria ser feita uma ampliação da taxatividade de situações elencada no artigo.

Também a aplicação, ainda que subsidiária, aos titulares de altos cargos públicos reforçaria o regime.

Comparando-o o prazo aplicável com outros ordenamentos jurídicos, podemos constatar de que se trata de um prazo semelhante ao estipulado nestes e

em harmonia com a evolução legislativa. Por exemplo, em França, o art.º 432-13 do *Code Pénal*, recorre a um prazo de 3 anos, para vários cargos públicos; em Espanha, a *Ley 3/2013*, de 4.6, consagra um prazo de 2 anos, para os membros da *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*; em Itália, a *Legge 14 novembre 1995, n. 481*, consagra um prazo de 4 anos, para os membros da *Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità* e, nos EUA, o art.º 207.º do *U.S. Code*, prevê os prazos de 1 ou 2, igualmente para uma generalidade de cargos.

Em conclusão, ainda que o ordenamento jurídico português seja dotado de bons instrumentos e a evolução do regime tenha caminhado para um crescente reforço do mesmo, existe, ainda, espaço considerável para o seu aperfeiçoamento e para a melhoria do sistema de identificação e de resolução de conflitos de interesses.

7. Conclusão

A ligação entre o regime de conflito de interesses e o regime jurídico-penal de crimes de corrupção passiva funda-se na incontestável similitude dos fins de proteção de bens-jurídicos e deveres inerentes ao exercício da função pública e no tipo de situações que ambos os regimes visam impedir (i.e. abusos de poder, corrupção passiva, usos indevidos de dinheiros públicos).

Embora actuando em campos distintos e por vias diversas, o respeito pelos princípios essenciais para o funcionamento do Estado de Direito – como o da prossecução do interesse público, da insenção, da imparcialidade e da independência do decisor – bem como a defesa da própria autonomia da vontade das instituições públicas face a pressões e interesses privados externos ou do próprio funcionário, são núcleos comuns aos dois regimes.

Ao Direito Penal e aos seus órgãos de investigação criminal caberá a função de repressão deste tipo de crimes. Ao regime de conflito de interesses, a função de identificação e resolução de conflitos de interesses, em especial dos que criem situações de risco de corrupção.

Note-se que, embora as entidades com competências neste último regime possam resolver, por si só, a maioria dos conflitos de interesses, não têm, em regra, competências para abrir um inquérito criminal, limitando-se a sua actividade na aplicação de sanções administrativas e/ou disciplinares, na denúncia do crime às autoridades competentes e na colaboração no que lhes for solicitado pelas mesmas.

Assim, os mecanismos deste regime assumem uma função preventiva de defesa da legalidade da actuação pública complementando a actuação do Direito Penal, que, como sabemos, devido às suas características, funciona fundamentalmente numa perspectiva de reacção ao crime. Acresce ainda o facto de o processamento do primeiro regime ser tendencialmente mais célere do que o segundo.

Em suma, o regime penal e o de conflito de interesses visam estabelecer um enquadramento jurídico do exercício da função pública baseado em parâme-

tros semelhantes dos quais resultam na pureza do processo de decisão assente no respeito por um conjunto de deveres que o cargo impõe ao seu titular.

Como é referido nas Recomendações do Conselho da OCDE sobre Gestão de Conflitos de Interesse no Setor Público de 2003, um conflito de interesses não é *ipso facto* corrupção, nem esta uma consequência inevitável daquele. Porém, o mesmo texto refere que da existência de conflitos entre interesses privados e deveres do cargo pode resultar a prática de corrupção.

Embora existam várias divergências na definição de conflito de interesses, todas fazem referência à ligação da prática de actividades corruptivas com a existência de interesses privados alheios ao legítimo processo de decisão.

O conflito de interesses poderá tanto constituir a motivação que leva à solicitação ou oferta de uma vantagem indevida, ainda que esta não corresponda a um valor pecuniário, como o próprio conflito ser causado pela entrega de uma vantagem indevida.

No caso do crime de corrupção passiva, o tema é especialmente complexo, devido às incontáveis formas pelas quais um conflito de interesses pode levar à prática deste crime e às usuais dificuldades na descoberta e recolha de elementos que provem o “acordo ilícito” entre corrupto e corruptor, bem como o relacionamento de uma vantagem indevida com a prática de um acto concreto pelo funcionário.

Acresce, ainda, que, no crime de corrupção passiva, os actos praticados pelo funcionário no exercício do cargo não se subsumem às competências formais do funcionário, englobando, também, um conjunto de poderes factuais e discricionários decorrentes da posição privilegiada em que o cargo o coloca perante a prática do acto concreto.

Existem, portanto, actos que, mesmo não sendo abrangidos pelo exercício formal do cargo, poderão resultar na violação de deveres funcionais e, consequentemente, serem enquadrados no crime de corrupção passiva, o que dificulta, ainda mais, a prova dos elementos acima mencionados quando o crime revista estas características.

Também a permissão de acumulação de actividades privadas, com ou sem finalidade lucrativa, com o exercício do cargo podem dissimular o suborno

ou tornar menos perceptível o benefício que o corrupto auferiu em troca da prática do acto.

Actuando o regime de conflito de interesses principalmente no plano do Direito Administrativo/disciplinar, importa realçar que existem deveres puramente administrativos dos quais a sua violação, pela prática de um acto do funcionário, não resulta a prática de um crime de corrupção passiva nem, caso exista crime, justificação para o agravamento da qualificação do crime para corrupção própria. Para tal, é necessário existir um “mercandear com o cargo” (traduzindo-se na violação do dever de isenção) associado à violação de um dever funcional com dignidade penal (v.g. imparcialidade, zelo, sigilo, etc).

Como exemplos da contribuição do regime de conflito de interesses para a prevenção e investigação criminal do crime de corrupção passiva, utilizámos o caso do suborno constituir uma oferta de emprego ou o pagamento dissimulado de viagens, refeições ou estadias.

Quanto ao primeiro exemplo, o regime de conflito de interesses poderá vedar, ainda que temporariamente, o ex-titular do cargo de aceitar, independentemente de remuneração, qualquer tipo de emprego proveniente de empresas que pertençam ao sector económico em que o cargo se insere, quando tenha intervenido, no exercício das suas funções, em decisões relativamente às pretensões ou interesses das mesmas.

Quanto ao segundo, a aprovação de Códigos de Conduta e de Ética que especifiquem as vantagens que o funcionário está obrigado a recusar, bem como as que deve ou pode aceitar, acompanhada na inscrição das mesmas num registo público, é a forma mais direta que o regime tem para auxiliar nestas situações.

Em ambos os casos, a existência de um registo público que identifique os actos praticados pelo funcionário e os seus visados/interessados, acompanhado de uma declaração obrigatória, na fase inicial do processo, acerca da existência de conflito de interesses é já, por si só, um desincentivo para a prática de crimes de corrupção.

Todas estas medidas vão implicar um reforço na vigilância da actuação do funcionário e no escrutínio da sua relação com interessados nos processos em

que intervenha, o que contribuirá para que o funcionário, receando que o crime seja descoberto, possa destir de o praticar.

Em qualquer dos casos, devido à existência de sanções administrativas ou disciplinares associadas a estas formas de dissimular o suborno, as autoridades administrativas com competências sancionatórias desempenharão um papel de fiscalização da actuação do funcionário, aplicando as sanções para que são competentes, sempre que seja descoberta uma violação do regime de conflito de interesses.

Para além disso, essas autoridades poderão contribuir para a descoberta de crimes de corrupção passiva, devendo – caso, no decurso de uma acção de fiscalização, encontrarem indícios da prática deste crime – reportar a situação às autoridades competentes.

Igualmente, todo o material probatório originado pela existência do regime de conflito de interesses – nomeadamente, documentação relativa à entrega de vantagens, a relações anteriores existentes entre funcionário e interessado, actos praticados pelo funcionário – poderá ser utilizado pelas autoridades criminais para mitigar as dificuldades probatórias já referidas.

Até a própria declaração de interesses poderá ser útil para prova da existência do “negócio ilícito”, visto que, mesmo que o corrupto omita o interesse em causa na sua declaração, caso o crime seja descoberto, isso servirá para realçar a intenção de encobrir a prática do crime.

Note-se que, para a eficácia deste regime, é necessário existir uma verificação séria e constante da aplicabilidade destas normas e da veracidade dos registos públicos, sob pena destas medidas não passarem de actos meramente cerimoniais sem qualquer utilidade prática.

A fiscalização pode ser feita tanto internamente, por órgãos de fiscalização e supervisão da própria instituição, como externamente, por autoridades administrativas independentes com funções de avaliação da integridade da actuação da Administração Pública. Até os próprios órgãos de investigação criminal poderão deter funções de fiscalização semelhantes.

O regime de conflito de deveres português optou por um sistema baseado na exclusividade do exercício da função pública e na consagração de vários

impedimentos, designadamente, inelegibilidades e incompatibilidades, tanto no exercício de um cargo público como após a cessação de funções.

Para além destes instrumentos, o sistema opta, também, por recorrer à prestação e registo obrigatório de declarações de interesses por parte dos titulares de cargos, como forma de identificação de possíveis interesses que possam entrar em conflito com o exercício do cargo.

Quanto aos instrumentos de resolução, estes consistem no afastamento do titular do cargo do processo de decisão em que exista um conflito ou, caso o conflito torne insustentável o exercício integral do cargo, pela sua suspensão ou demissão.

Tanto as instituições internacionais quanto as nacionais, embora recomendando medidas de reforço do sistema, têm considerado, de uma forma geral, que o regime se encontra dotado de um leque satisfatório de normas e instrumentos de identificação e de resolução de conflitos de interesses.

Podem, porém, no nosso entender, ser referidas algumas falhas.

A al. a) do n.º 6 do art.º 21.º do Estatuto dos Deputados, bem como no art.º 8.º da Lei n.º 64/93, em que a expressão “exercício de atividade de comércio ou indústria” exclui do âmbito do impedimento, relativamente a contratação pública, as sociedades civis e não comerciais, associações e fundações, não englobando, dessa forma, possíveis ligações do titular, ou dos seus familiares, a sociedades de advogados, arquitetos, etc.

Também a exceção ao regime de exclusividade do art.º 6.º da Lei n.º 64/93, que permite os presidentes e vereadores de câmaras municipais, mesmo em regime de permanência, de exercerem outras atividades, desde que comunicadas ao TC, se revela como outra falha.

A eventual passagem das competências fiscalizadoras da veracidade das declarações dos titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos para uma única secção específica do MP ou a criação de uma autoridade administrativa com competências de fiscalização da generalidade dos cargos públicos poderia representar um reforço para o regime.

Embora os prazos dos impedimentos aquando da cessação de funções sejam aceitáveis, parece-nos apropriado existir um alargamento do âmbito de aplicação do art.º 5, n.º 1 da Lei n.º 64/93, seja pela ampliação do leque de situações aí previstas ou, preferivelmente, pela criação de um impedimento generalizado de contratação com empresas com as quais o ex-titular tenha tido uma intervenção direta no exercício das suas funções.

Também a extensão da aplicação deste preceito, ainda que eventualmente subsidiária, a titulares de altos cargos públicos, contribuiria para o reforço do regime.

Fazemos ainda menção às falhas e matérias que devem ser reforçadas referidas nas recentes recomendações da GRECO e do Conselho de Prevenção da Corrupção, respeitantes ao exercício das funções jurisdicional e legislativa.

Embora exista, ainda, espaço para o aperfeiçoamento do regime de conflitos de interesses português, realça-se a constante evolução do mesmo, na sequência da observância, por parte do legislador, das recomendações emanadas das várias instituições especializadas no assunto.

Em conclusão, o regime de conflito de interesses contribui para o bom funcionamento da Administração pública e para uma maior fiscalização da actuação da globalidade dos titulares de cargos públicos. É, também, um sistema com utilidade prática para a prevenção e investigação criminal do crime de corrupção passiva. Defendemos, portanto, um reforço contínuo deste regime nos ordenamentos jurídicos dos vários Estados, por forma a diminuir os índices de corrupção provocados pela ingerência de interesses privados do funcionário no processo de decisão e nos actos que pratica.

8. Bibliografia e Jurisprudência

ALBUQUERQUE, Paulo - **Comentário do Código do Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, 4.^a ed. Lisboa: Universidade Católica, 2011.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, 3.^a ed. Lisboa: Universidade Católica, 2015.

ALEXANDRINO, José Melo - **Direitos Fundamentais: Introdução Geral**, 2.^a ed. Cascais: Princípia, 2007.

ALMEIDA, Carlos - Criminalidade Organizada e Corrupção. *In*: **2.º Congresso de Investigação Criminal**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 49-56.

AMADO, João Leal - **Contrato de Trabalho - Noções Básicas**. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

AMARAL, Diogo Freitas do - **História das Ideias Políticas**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 1999, Vol. I.

AMARAL, Diogo Freitas do - **Curso de Direito Administrativo**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2011, Vol I e II.

ARGANDOÑA, António - **Conflito de Intereses: El punto de Vista Etico**. Borrador: Apresentação à XII Conferência Anual de Ética, Economia e Direção, 2004. Disponível em: <URL:<https://pt.scribd.com/document/81233377/Antonio-Argandona>>.

BELEZA, Teresa Pizarro - **Direito Penal**. 2.^a ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998, Vol. 1.

BOATRIGHT, J.R., Conflict of Interest: An Agency Analysis, *in* **The Ruffin Series in Business Ethics**. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 187-203.

CAETANO, Marcelo - **Manual de Direito Administrativo**. 9.^a ed. Coimbra: Almedina, 1980, Tomos I, II e III.

CALADO, de Oliveira, Prevenção – Um Instrumento Essencial no Combate à Corrupção. **Polícia e Justiça**, Barro. n.º 7, 3.ª série (Jan.-Jun. 2006), p. 49-63.

CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, Vol. II.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - **Lições de direito penal: Parte Geral**. 4.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CECILY, Rose - Corruption and Conflicts of Interests in the United Kingdom, *in: Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*. Cheltenham: Edward Elgar Pub, Cheltenham, 2014, p. 150-166.

COSTA, António Manuel T. de Almeida - **Comentário Conimbricense do Código Penal**. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Tomo III, p. 654 a 686.

COSTA, António Manuel T. de Almeida - Sobre o Crime de Corrupção, *in: Estudos em Homenagem ao Prof. Eduardo Correia*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1984, p.55-193.

COUTINHO, José Luís Pereira - A Relação de Emprego Público na Constituição. Algumas notas in **Estudos sobre a Constituição**. Lisboa: Livraria Petrony, 1979, Vol 3, p. 689-706.

CUNHA, José Manuel Damião da - **O Conceito de Funcionário para Efeitos de Lei Penal e a Privatização da Administração Pública**. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CUNHA, José Damião da - **Comentário Conimbricense do Código Penal**, Parte Especial. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Tomo III, p. 808-823.

DELZANGLES, Hubert - Regulatory authorities and conflicts of interest, *in: Corruption and Conflicts of Interest: A Comparative Law Approach*. Cheltenham: Edward Elgar Pub, 2014, p. 15-29.

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa - **O Direito à Não Auto-Inculpação (*Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Augusto Silva - O direito à não-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários. **Revista de Concorrência e Regulação**. Coimbra. Ano 1, N.º 1 (Jan-Mar 2010), p. 238-263.

DIAS, Jorge de Figueiredo - Anotação a Acórdão do Tribunal Colectivo de Braga, de 20.1.1989. **Revista Legislação e Jurisprudência**. Coimbra. Ano 121 (1988-1989), p. 379 a 384.

DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal: Parte Geral. Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime**, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, Vol. I.

FERREIRA, Eduardo Viegas, BAPTISTA, Maria de Lurdes - Práticas de Corrupção na Sociedade Portuguesa Contemporânea. **Revista Polícia e Justiça**. Loures. N.º 3-4, 2º Série (Jun.-Dez. 1992), p. 75-105.

GARCIA, M. Miguez; RIO, J.M. Castela - **Código Penal – Parte Geral e Especial: com notas e comentários**. Coimbra: Almedina, 2014.

GERMANO, Marques da Silva - **Curso de Processo Penal**. 6.^a ed. Lisboa: Verbo, 2011, Vol. I, II e III.

GUERRINI, Roberto, GUIDI, Dário - Bribery in Italy: an outlook on present laws and perspectives on reform, *in*: **Modern Bribery Law: Comparative Perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 97-127.

GORDON, Daniel - *Protecting the Integrity of the U.S. Federal Procurement System: Conflict of Interest Rules & Aspects of the System That Help Reduce Corruption*, *in*: **Corruption and Conflict of Interest: A Comparative Law Approach**. Cheltenham: Edward Elgar Pub, 2014, p. 39-52.

HEIDENHEIMER, Arnold J. - **Political Corruption: Readings in Comparative Analysis**. New Brunswick: Transaction Books, 1978.

HEIDENHEIMER, Arnold J. - **Political Corruption: Concept & Context**. 3.^a ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002

ISSACHAROFF, Samuel - **Conflicts of Interest: Challenges and Solutions in Business, Law, Medicine, and Public Policy**. 2.^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

KLITGAARD, Robert - **Controlling Corruption**. California: University of California, 1991.

LAFAYETTE, Alexandre; PEREIRA, Victor de SÁ - **Código Penal Anotado e Comentado - Legislação Conexa e Complementar**, 2.^a ed. Lisboa: Quid Juris, 2014.

LAMAS, Ricardo Rodrigues da Costa Correia - O recebimento indevido da vantagem: Análise substantiva e perspectiva processual. **Revista do Ministério Público**. Lisboa: Ano 32, N.º 126, (Abr-Jun 2011) p. 65-154.

LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SANTOS, José Carrilho de Simas - **Código Penal Anotado**. 3.^a ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2002, Vol. 2.

NEVES, Ana Fernanda, - Relação Jurídica de Emprego Público na Constituição: Movimento de Auto-semelhança, *in*: **Perspectivas Constitucionais: nos 20 Anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, Coimbra Editora, 1998. Vol. III, p. 859-907.

NYE, Joseph - Corruption and Political Development: a Cut-benefit Analysis. **American Political Science Review**. Cambridge. Vol. 61 (June 1967), p. 417-427.

MAIA, António João - A Questão da Corrupção em Portugal, *in*: **Revista de Investigação Criminal**. Lisboa, N.º 3 (Jun./2012), p. 13-43.

MARTINHO, Helena Gaspar - Helena Gaspar Martinho - O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da concorrência - Uma análise da jurisprudência comunitária. **Revista de Concorrência e Regulação**. Coimbra. Ano 1, N.º 1 (Jan-Mar 2010), p. 145-174.

MARTINS, Guilherme de Oliveira – Direitos fundamentais e combate à corrupção, *in*: **Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional**. Brasília: Instituto Basiliense de Direito Público, 2016, p. 154-157.

MATA, Paulo Saragoça da - Os Vampiros ou o Combate à Corrupção no Exercício das Funções Política e Administrativa, *in*: **Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional**. Brasília: Instituto Basiliense de Direito Público, 2016, p.112-137.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima, - A Luta Contra a Fraude e a Corrupção na Perspectiva do Juíz. **Polícia e Justiça**. Barro. N.º 8, 3.ª série (Jul.-Dez. 2006), p. 19-42.

MAURÍCIO, Artur - Estatuto Disciplinar: Vida Privada: Docentes. **Revista do Ministério Público**. Lisboa. Ano 3, Vol. 9 (Abril/1982), p. 87-110.

MELO, Débora Thaís de - Os Bens Jurídicos Ofendidos pela Corrupção e o Problema Específico dos Bens Jurídicos Colectivos, *in*: **A Corrupção – Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-criminal em Expansão, no Brasil e em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 41-98.

MELLO, Marco Aurélio - A Proteção da Administração Pública Contra os Atos de Corrupção *in*: **I Congresso Luso-Brasileiro de Direito**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 253-258.

MENDES, Paulo de Sousa; REIS, Sónia; MIRANDA, António - A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais? **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. N.º 68 (Set.-Dez.2008) p. 795-810.

MENDES, Paulo de Sousa - As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Revista de Concorrência e Regulação**. Coimbra. Ano 1, N.º 1 (Jan-Mar 2010), p.121-144.

MENDES, Paulo de Sousa - Os Novos Crimes de Recebimento e de Oferta Indevidos de Vantagem, *in*: **As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código do Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 29-41.

MENDES, Paulo de Sousa - A regulação financeira, o direito penal e a utilização em processo penal das provas produzidas por autoridades reguladoras financeiras. **Anatomia do Crime**. Coimbra, N.º 1 (Jan-Jun 2015), p. 129-150.

MILNE, Seumas - Corporate power has turned Britain into a corrupt state. **The Guardian**. Londres. (4/Jun/2013). Disponível em: <URL: [https:// www.theguardian.com/commentisfree/2013/jun/04/corporate-britain-corrupt-revolving-door](https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/jun/04/corporate-britain-corrupt-revolving-door)>.

MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui - **Constituição Portuguesa Anotada**. 6.^a rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, Tomos I, II e III.

MONTALVO António M. Rebordão - **Código do Procedimento Administrativo: anotado, comentado, legislação complementar**. Coimbra: Almedina, 1992.

MORGADO, Maria José; VEIGAR, José - **O Inimigo sem Rosto – Fraude e Corrupção em Portugal**, 2.^a ed. Lisboa: Dom Quixote, 2003.

MOYER, Lizz - Former Goldman Employee Pleads Guilty in Leak Case. **The New York Times** (5 nov 2015). Disponível em: <URL: <https://www.nytimes.com/2015/11/06/business/dealbook/former-goldman-employee-pleads-guilty-in-leak-case.html>.

OLIVEIRA, Calado de - Prevenção: um instrumento essencial no combate à corrupção. **Polícia e justiça**. Barro: n.º 7, 3.^a série (Jan.-Jun. 2006), p. 49-63.

OTSUMA, Mayumi, ZAUN, Todd, MORSE, Andrew, KUBOYAMA, Norie - Japan's Housing Lenders' Crisis. **Japan Policy Research Institute**. N.º 2 (February- 1996). Vol III. Disponível em: <URL: http://www.jpri.org/publications/critiques/critique_III_2.html.

PALMA, Maria Fernanda - **Direito Penal - Parte Geral- A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013.

PALMA, Maria Fernanda - **Casos e matérias de Direito Penal**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002.

PALMA, Maria Fernanda - **Direito Penal Constitucional**. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

PALMA, Maria Fernanda - Conceito material de crime e reforma penal. **Anatomia do crime**. Coimbra. N.º 0 (Jul-Dez 2014), p. 11-23.

PALMA, Maria Fernanda - Responsabilidade penal e Responsabilidade política. **Anatomia do crime**. Coimbra: N.º1(Jan-Jun 2015), p. 9-19.

PALMER, Kimberly - Former Air Force acquisition official released from jail. **Government Executive**. (October 3, 2005) Disponível em: <URL:

<http://www.govexec.com/federal-news/2005/10/former-air-force-acquisition-official-released-from-jail/20340/>>.

PETRUS, C. Van Duyne - HARVEY, Jackie, ANTONOPOULOS, Georgios. A., LAMPE, Klaus von, MALJEVIC Almir, MARKOSSKA, Anna – **Corruption: greed and crime money: Sleaze and shady economy in Europe and beyond**. 2.^a ed. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2013.

PETTERS, Anne - Conflict of Interest as a Cross-cutting Problem of Governance, *in*: **Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 3-38.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz - A Corrupção nas Esferas Democráticas. **Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional**. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2016, p. 148-153.

PINTO, Fernando Brandão Ferreira; COSTA, Guilherme Frederico - **Código do Procedimento Administrativo: anotado e comentado**. 2.^a ed. Porto: ELCLA, 1993.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa - A intervenção penal na corrupção administrativa e política. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra: Vol. 39, N.º2 (1998), p. 519-527.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa; BELEZA, Teresa Pizarro (Coord.) **Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 2007.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa - **Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova**. Coimbra: Almedina, 2009.

RAMOS, Vânia Costa - **Ne Bis In Idem e União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RAMOS, Vânia Costa - *Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa. **Revista de Concorrência e Regulação**. Coimbra. Ano 1, N.º 1 (Jan-Mar 2010), p. 175-197.

ROXIN, Claus - O conceito de bem jurídico como padrão crítico da normal penal posto à prova”. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Coimbra. Ano 23, n.º1 (Jan-Mar 2013), p. 7-43.

SANTOS, José Manuel da S. Botelho; ESTEVES, Américo Joaquim Pires; PINHO, José Cândido - **Código do Procedimento Administrativo: anotado e comentado**. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002

SANTOS, Cláudia Cruz, - A Corrupção de Agentes Públicos em Portugal: Reflexões a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência, *in*: **A Corrupção – Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-criminal em Expansão, no Brasil e em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 99-152.

SANTOS, Cláudia Cruz - Notas Breves sobre os Crimes de Corrupção de Agentes Públicos: Considerações em Torno do Presente e do Futuro do seu Regime Jurídico. **Julgar**. N.º 11 (Maio-Ago, 2010), p. 51-58.

SANTOS, Cláudia Cruz - A Corrupção: da Luta Contra o Crime na Intersecção de Alguns (distintos) Entendimentos da Doutrina, da Jurisprudência e do Legislador, *in*: **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 963-991.

SANTOS, Cláudia Cruz - Os Crimes de Corrupção de Funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro (É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma?), *in*: **As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 9-28.

SANTOS, Cláudia Cruz - Novos Rumos na Prevenção e Repressão da Corrupção. **Direito Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Setembro de 2016, p. 81- 103.

SCHINLDER, Benjamin - Conflict of Interest and the Administration of Public Affairs – a Swiss Perspective. *in*: **Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance**. 2.^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 159-176.

SIMÕES, Euclides José Dâmaso - Corrupção em Tempos de Penúria: Uma Réstia de Esperança em Mar Revolto. **Terra de Lei: Revista da Associa-**

ção de Juristas de Pampilhosa da Serra. Lisboa. N.º 1 (1.º Sem/2012), p. 16-25.

SIMÕES, Euclides Dâmaso - Combate à Corrupção: A Decisiva Importância da Prevenção e da Especialização: O Sistema Português face à Convenção de Mérida. **Polícia e Justiça.** Barro. N.º 7, 3.ª série (Jan.-Jun. 2006). p. 23-47.

SIMÕES, Euclides Dâmaso - Contra a Corrupção - As leis de 2010, *in*: **As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código do Processo Penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 43-63.

SIMÕES, Euclides Dâmaso - **Breves Notas à Lei n.º 30/2015, Contra a Corrupção.** Lisboa: Julgar. Disponível em: <URL: <http://julgar.pt/breves-notas-a-lei-n-o-302015-contra-a-corrupcao/>>.

SULLIVAN, Bob - Reformulating Bribery, a legal critique of the Bribery Act, *in*: **Modern Bribery Law: Comparative Perspectives.** Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 13-38.

UNDERKUFFLER, Laura S - **Captured by Evil: The Idea of Corruption on Law.** Yale: Yale University Press, 2013.

VIANA, Cláudia - O Conceito de Funcionário Público – Tempos de Mudança. **Revista de Estudos Politécnicos.** Barcelos, N.º 8, (2007), Vol. V, p. 7-34.

WILESNKY, Alfredo Hector - Corrupção. **O Direito.** Lisboa. Ano 139 (2007), p. 973-1011.

ZALAUQUETT, José - Conflictos de Intereses: Normas y Conceptos. **Anuario de Derechos Humanos.** Santiago, Chile. N.º 7 (2011), p. 179-189.

Jurisprudência:

Supremo Tribunal de Justiça:

Acórdão de 29.6.2000, Proc.º n.º 943-B/98.

Acórdão de 11.4.2007, Proc.º n.º 07P806.

Acórdão de 15.4.2010, Proc.º n.º 169/03.2JACBR.C.
Acórdão de 20.10.2010, Proc.º 140/10.8YFLSB.
Acórdão de 20.1.2012, Proc.º n.º 263/06.8JFLSB.L1.S.
Acórdão de 23.1.2013, Proc.º n.º 42/12.
Acórdão de 13.2.2013, Proc.º n.º 1475/11.8TAMTS.P1-A.S1.
Acórdão de 18.4.2013, Proc.º n.º 180/05.9JACBR.C1.S1.
Acórdão de 17.4.2015, Proc.º n.º 1/13.9YGLSB.S1.

Tribunais da Relação:

Coimbra:

Acórdão de 25.6.2008, Proc.º n.º 1522/02.4TACBR.C1.
Acórdão de 28.09.2011, Proc.º n.º 169/03.2JACBR.C1.
Acórdão de 20.06.2012, Proc.º n.º 591/02.1JACBR.C1.
Acórdão de 18.9.2013, Proc.º n.º 279/10.0PBCTB.C1.

Évora:

Acórdão de 31.5.2011, Proc.º n.º 835/04.5TAPTM.E1.
Acórdão de 16.2.2016, Proc.º n.º 2/11.1GALSB.E1.

Lisboa:

Acórdão de 31.10.1990, Proc.º n.º 0260193.
Acórdão de 11.2.2009, Proc.º n.º 4591/2008-3.
Acórdão de 11.6.2010, Proc.º n.º 739/07.0PBCSC.L1-3.
Acórdão de 22.4.2010, Proc.º n.º 263/06.8JFLSB.L1-9.
Acórdão de 15.11.2011, Proc.º n.º 504/04.6JFLSB.L1-5.
Acórdão de 22.5.2012, Proc.º n.º 28/08.2GGLSB.L1-5.

Guimarães:

Acórdão de 5.7.2010, Proc.º n.º 1015/07.3TABRG.G1.

Porto:

Acórdão de 6.6.2007, Proc.º n.º 0712568.

Acórdão de 5.11.2014, Proc.º n.º 178/11.8TAARC-A.P1.

Tribunais Centrais Administrativos:

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 19.4.2013, Proc.º n.º 02269/10.3BEPRT.

Acórdão do Tribunal Central Sul, de 26.6.2008, Proc. n.º 03670/99.

Acórdãos TEDH:

Acórdão do TEDH, Hauschidt vs Dinamarca, de 24.5.1989.

Acórdão do TEDH, Bulut vs. Áustria, de 22.2.1996.

Acórdão do TEDH, Chmelir vs República Checa, de 7.6.2005.

Pareceres:

Parecer do Conselho Consultivo da PGR, de 23.7.1981.

Parecer da PGR, de 25.10.2005, Ofício n.º 1265.

Parecer da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, Proc.º n.º 57/2014.

Parecer da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, n.º 155/2010.

